

وزارة الأوقاف
والشئون الإسلامية

أعمال موسوعية مساعدة
تحقيق التراث الفقهي
١

المنثور في القواعد

للزركشي

بدر الدين محمد بن بهادر الشافعي

٧٤٥ - ٧٩٤ هـ

الجزء الثاني
ج - غ

حققه
الدكتور تيسير فائق أحمد محمود

راجعه
الدكتور عبد الستار أبو غدة

الطبعة الثانية
١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م

طباعة
شركة دار الكويت للصحافة
«الأنباء»

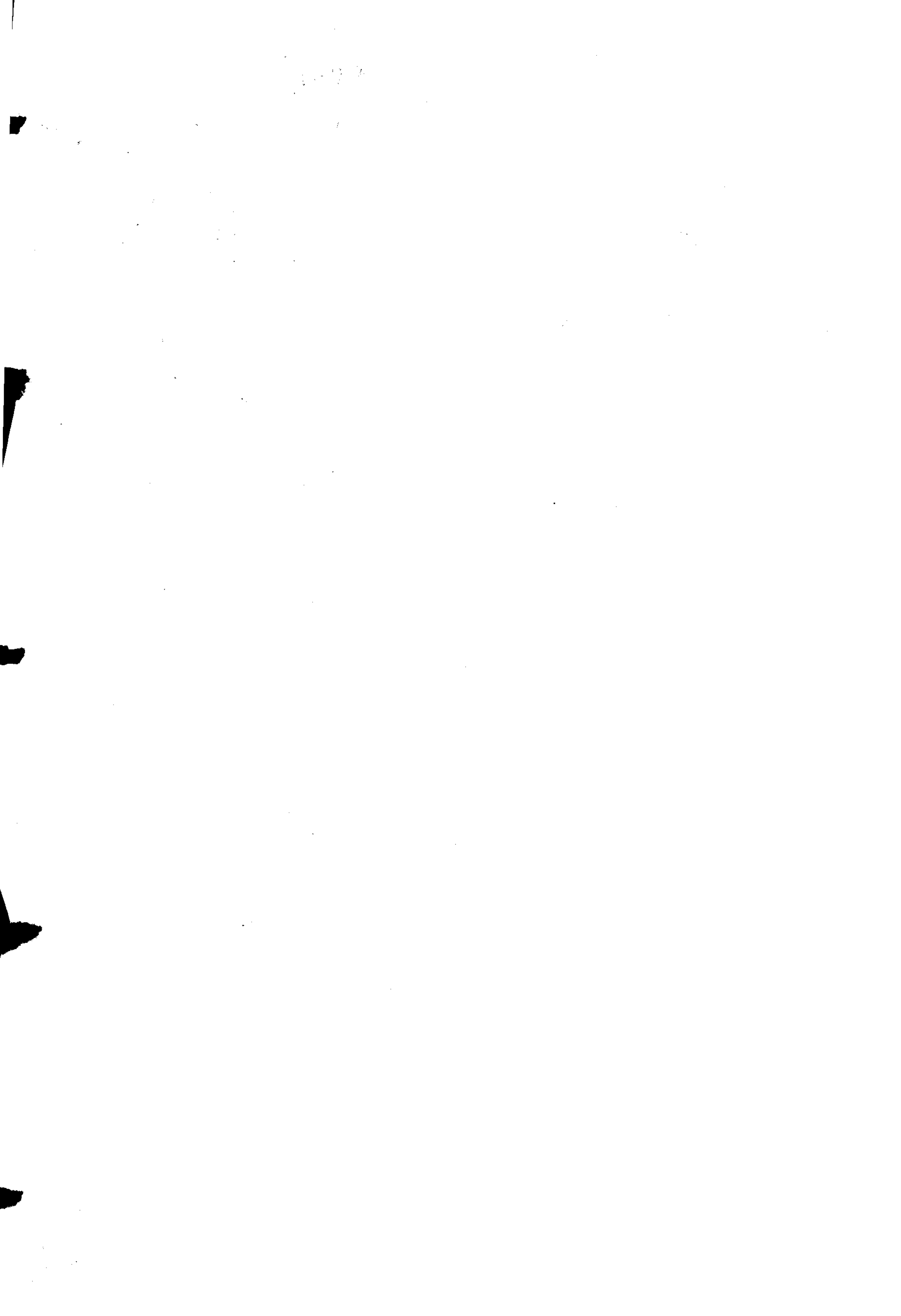
المطابع التجارية
● تلفون ٨٣١٠٨٢ - ٨٣٠٣٩٨ ص.ب ٢٣٩١٥ الصفاة

مصوّرة بالأُفست عن الطبعة الأولى
١٤٠٢هـ - ١٩٨٢م
بعد تنفيذ تصحيحات المراجعة الثانية

المنثور في القواعد

للزركشي

الجزء الثاني



بسم الله الرحمن الرحيم

* حرف الجيم *

* الجائز *

(الجواز)[1] يطلق في ألسنة حملة الشريعة على أمور.

أحدها: على رفع الحرج، أعم من أن يكون واجباً أو مندوباً أو مكروهاً.

الثاني: على مستوي الطرفين، وهو التخيير بين الفعل والترك.

الثالث: على ما ليس بلازم وهو اصطلاح الفقهاء في العقود، فيقولون الوكالة والشركة والقراض عقد جائز، ويعنون به ما للعاقد فسخه بكل حال، إلا أن [2] يؤول إلى اللزوم.

قال القاضي أبو الطيب في كتابه في الأصول، ولا يرد عليه [3] البيع المشروط فيه الخيار وإذا كان في المبيع عيب، فإنه يؤول إلى اللزوم، وكذلك الرهن، فإنه من العقود اللازمة، لأنه يؤول للزوم.

وقد يجري في كلام الأصحاب: جاز كذا وللولي أن يفعل كذا ويريدون به الوجوب وذلك ظاهر فيما إذا كان الفعل دائراً [4] بين الحرمة والوجوب فيستفاد بقولهم يجوز رفع الحرمة، فيبقى [5] الوجوب.

(١) في (د) (والجواز).

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (ب) (إذ لا).

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل.

(٤) هكذا في (ب) و(د) وساقطة من الأصل.

(٥) في (د) (بنفي).

ولهذا لا يحسن قولهم فيمن علم دخول شهر (رمضان)[1] بالحساب أنه يجوز له الصوم ، لأن مثل هذا الفعل لا يتنفل به ، وكذا قولهم في الصبي : لا يصح إسلامه ، لأنه لو صح لوجب .

* الجـــبران *

يكون في مواضـــع :

أحدهـــا :

ما لا يجبر ، إلا بالعمل البدني [2] ، كالخلل الواقع في الصلاة بالسجود في ترك مأمور به مخصوص أو ارتكاب منهى عنه ، ولا يدخل الجبر في كل السنن المؤكدة ولا في الواجب ، بل لا بد من الإتيان بعينه وما ورد في الحديث أن النوافل جوابر للفرائض [3] ، فقال البيهقي معنى (تكميل)[4] الفرائض بها أنها تجبر السنن التي في الفرائض ، ولا يمكن أن يُعدل شيء من السنن واجباً أبداً ، بدليل قوله (تعالى)[5]: (وما [6] تقرب إلي أحد بمثـل أداء [7] ما افترضـت عليه)[8] .

---

(١) في (ب) (رمضن) .

(٢) في (ب) (إلا بالبدني) .

(٣) في (د) (وما ورد في الحديث) (إن النوافل جوابر الفرائض) إشارة لحديث الترمذي الذي فيه : انظروا هل لعبدي من تطوع فيكمل بها ما انتقص من الفريضة .

(٤) في (ب) (تكمل) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر (في (د)) .

(٦) في (ب) (ما) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل .

(٨) في صحيح ابن حبان عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أن الله جل وعلا يقول: من عادى لي ولياً فقد آذاني وما تقرب إلي عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه . . الخ

تقريب صحيح ابن حبان جـ ١ ص ٣٣٦ ـ ٣٣٧ ط . أولى .

الثـــاني :

ما لا يجبر ، إلا بالمال فقط ، كما في سن الزكاة الأعلى ، فخرج بالأول ، ما لو وجب عليه بنت مخاض ، فأخرج فصيلاً مع الجبران ، لم يُجزِ ، بلا خلاف ، لأنه ليس من أسنان الزكاة ، ولا هو مما يجزئ فيها ، بخلاف الثنية ، فإنها تُجزئ [1] فيها ، وإن لم تكن من أسنانها.وخرج بالثاني ، ما لو وجب عليه بنت لبون ، ولم يجدها ووجد ابن لبون فهل يقبل موضع الجبران وجهان : أصحهما المنع ، لأن ابن اللبون [2] بدل,والجبران يدخل مع الأصول ، لا مع الأبدال .

ومنه جبر الصوم في حق الشيخ الهِمّ [3] بالإطعام ، وكذلك المرضع والحامل ومؤخِّر قضاء (رمضان)[4] حتى [5] دخل آخر .

(الثالث) : [6]

ما يجبر تارة بالعمل البدني ، وتارة بالمال وهو الحج والعمرة ، فإنهما يجبران تارة بالصوم في التمتع والقرآن ، وتارة بالمال كذبح النسك فيه وتارة [7] يتخيرّ بينهما كارتكاب بعض المحظورات .

ومنه الصوم تارة يجبر بمثله كالمريض والمسافر،وبالمال كالشيخ الهم ، وتارة يجمع بينهما ، كما في الحامل .

---

(١) في (د) (فإنه يجزي) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (لبون) .

(٣) قال في المصباح جـ ٢ ص ١٣٥ ط . الثالثة:الهم بالكسر الشيخ الفاني والأنثى هِمة .

(٤) في (ب) (رمضن) .

(٥) في (د) (إذا) .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (السادس) .

(٧) في (ب) و(د) (فيه وهو الحج والعمرة وتارة) فالكلمات الثلاث (وهو الحج والعمرة) وهي كالتي بعد كلمة (فيه) وقبل كلمة (وتارة) لم تذكر في الأصل وذكرت في (ب) و(د) إلا أن الناسخ في (ب) وضع عليها خطوطاً حمراء .

* الجعالـــة *

كالإجارة ، إلا في مسألتين :

أحداهما : تعيين العامـل .

وثانيتهما : العلم بمقدار العمـل .

* الجلسات في الصلاة أربـع *

ثنتان واجبتان : وهما الجلوس بين السجدتين والتشهد الأخير .

وثنتان سنتان : وهما جلسة الاستراحة والتشهد الأول .

فأما جلسة الاستراحة ففي التتمة ، أنها قدر ما بين السجدتين ، وهو مخالف لقول الرافعي ، أنها خفيفة ، ولقول النووي في مجموعه:خفيفة جداً.

ويستثنى صلاة التسبيح ، وقطع الرافعي بأنهـا للفصـل بـين الركعتـين ، وحكى النووي وجهاً أنها من الثانية ، وأبدى صاحب الذخائر (ثالثاً)[1] أنها من (الأولى)[2].

وفائدة الخلاف في تعليق اليمين بشيء منها [3] ، وقد يظهر في أنه يكبر تكبيرتين أو واحدة ، وقد حكاه (صاحب الإقليد)[4] ، فإن قلنا فأصلة كبّر ثنتين

(١) في (د) (ثالثها) .

(٢) في (د) (الأول) .

(٣) في (ب) (بشيء فيها) وفي (د) (الشيء منها) .

(٤) هو أبو محمد عبد الرحمن بن إبراهيم بن سباع الغزاري المصري الأصل الدمشقي الملقب تاج الدين المعروف بالفركاح لاعوجاج في رجليه ـ ولد في شهر ربيع الأول سنة أربع وعشرين وستمائة ـ تفقه على ابن الصلاح وابن عبد السلام ، له من التصانيف الإقليد وهو شرح على التنبيه وصل فيه إلى كتاب النكاح ولم يكمله ـ توفي صاحب الإقليد ضحوة يوم الاثنين الخامس من جمادي الآخرة سنة تسعين وستمائة ـ انظر شذرات الذهب جـ ٥ ص ٤١٣ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ٦٠ ـ كشف الظنون جـ ١ ص ٤٨٩ .

واحدة لها وأخرى لقيامه ، وإن قلنا من الثانية لم يكبر إلا واحدة ، لأن جزء الركن لا يكبر له .

قال الأصحاب ، وإذا صلى جالساً ، لا تشرع في حقه جلسة الاستراحة ضرورة أنه جالس .

قلت:ينبغي تقديرها في حقه ، كما في الجلوس بين السجدتين ، ومن خصائصها أنه لا يدعو فيها بشيء ، إلا في صلاة التسبيح ، فإنه ليس فيها ذكر مخصوص . وأما التي بين السجدتين فهل هي ركن مقصود في نفسه ، أو للفصل؟ وجهان : صحح الدارمي الأول .

وثمرة الخلاف فيما لو قام إلى ثانية سهواً ثم تيقّن أنه ترك سجدة من الأولى ولم يكن جلس بين السجدتين ، فهل يجلس مطمئناً ، ثم يسجد عقبه أو لا يجب الجلوس بل (القيامُ)[1] يقوم (عند السهو مَقامَ الجلوس بين السجدتين؟أصحهما الأول ، وإن قلنا:مقصود كالسجود [2] ، لم يقم عنه)[3] القيام ، وإن قلنا (بالفصل)[4] كفى وقد أشار الإمام إلى هذا البناء وهو مشكل على النووي ، فإنه رجح الفصل مع أنه أوجب الجلوس بينهما .

* الجماع ودواعيه *

(قسمه)[5] الإمام (رحمه الله)[6] في كتاب الظهار إلى أربعة أقسام :

---

(١) في (د) (لقيام) .
(٢) في (د) (السجود) .
(٣) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي (عند السهو وينتهي بكلمة (عنه) ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) ولا فرق بين النسختين (ب) ، و(د) في ذلك إلا في كلمة (كالسجود) فهي في (د) (السجود) وقد مرت الإشارة إليها .
(٤) في (د) (بالفضل) .
(٥) هكذا في الأصل و(ب) و(د) (قسمه) والأولى أن تكون (قسمها) لتناسب ما بعدها .
(٦) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

أحدها: ما يحرمان (فيه)[1] ، كالحج والعمرة والمعتدة ، والرجعية والمستبرَئة غير المسبية .

ثانيها : ما يحرم دون دواعيه ، كالحيض ، ولا يمنع من القبلة ، واللمس ، ونحوه (في)[2] (المستبرَئة)[3] المسبية .

ثالثها : ما يمنع الجماع وفي دواعيه قولان وهو الإعتكاف.

رابعها: ما يحرم ولا تحرم دواعيه ، إذا لم يحرك الشهوة وهو الصوم ، لا يكره إذا لم يخف الإنزال ، ولا يفسده إذا لم ينزل.

* الجمع أقله ثلاثة *

فلو قال علي دراهم وفسرّها بأقل من ثلاثة لا يقبل عندنا ، وكذا لو قال علي أن أتصدق بدراهم ، لا يخرج عن نذره بأقل من ثلاثة ، وهكذا في اليمين ، لو قال: والله ما لي دراهم ، وله ثلاثة دراهم حنث في يمينه .

ولو قال لله علي صوم أيام لزمه ثلاثة ، بخلاف ما لو قال بعتكه بدراهم ، لا يصح العقد ، لأن الثمن يختلف باختلاف المبيع ، فيكون مجهولاً ، والبيع لا يقبل (الغرور)[4] ، وحكى القاضي الحسين وجهاً أنه يصح البيع ، ويحمل على ثلاثة .

* الجهل يتعلق به مباحث *

الأول في معناه :

قال الرافعي في كلامه على قاعدة (مُدّ عَجْوَة) معناه المشهور الجزم بكون الشيء على خلاف ما هو عليه ، ويطلق ويراد به (عدم)[5] العلم .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٢) في (ب) و(في) .
(٣) في (د) (والمستبرئة) .
(٤) في (ب) (الغرر) وفي (د) (العذر) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (علم) .

قلت : والأول يسمى المركب والثاني البسيط ، ولا بد فيه من قيد وهو عدم العلم (عما)[1] شأنه أن يكون عالماً ، لا عدم العلم مطلقاً ، وإلا لَوُصِفت الجمادات بكونها جاهلة .

(الثاني): الجهل بالصفة هل هو جهل بالموصوف مطلقاً أو من بعض الوجوه؟

المرجَّح الثاني ، (لأنه)[2] جاهل بالذات من حيث صفاتها ، لا مطلقاً . ومن ثم ، لانكفر (أحدا)[3] من أهل القبلة ، وقد اختلف قول (الإمام)[4] الشافعي (رضي الله عنه)[5] فيما ، إذا نكح وشرط فيها الإسلام ، أو في احدهما النسب أو الحرية ، فاختلف هل يصح النكاح؟ والقول بالصحة ، وهو الجديد مأخذه ، أن المعقود عليه معين ، لا يتبدل بالخُلف في الصفة والقول بالفساد مأخذه أن اختلاف الصفة ، كاختلاف (العين)[6] .

واعلم أن ابن الرفعة ، أخذ من هذا الخلاف خلافاً في تكفير منكري صفات الله تعالى ، (وقضيته)[7] ترجيح عدم التكفير ، قال ، لكن المذكور في البيع ، إذا قال بعتك هذا الفرس ، (وكان)[8] بغلا ، لا يصح في الأصح .

(الثالث): الجهلُ بمعنى اللفظ مسقطٌ لحكمه .

فإذا نطق الاعجمي بكلمة (كفر)[9] ، أو إيمان ، أو طلاق ، أو إعتاق ، أو بيع ، أو شراء ، أو نحوه ، ولا يعرف معناه ، لا يؤاخذ بشيء منه ، لأنه لم يلتزم مقتضاه ، (وكذلك)[10] ، إذا نطق العربي بما يدل على هذه (العبارة)[11]

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بما) .
(٢) في (ب) (وأنه) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أحد) .
(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
(٥) في (ب) (رحمه الله) وفي (د) لم تذكر هذه الجملة .
(٦) في (ب) (المعين) .
(٧) في (د) (وقضية) .
(٨) في (ب) (فكان) .
(٩) في (د) (الكفر) .
(١٠) في (ب) (وكذا) .
(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

بلفظ أعجمي لا يعرف معناه : نعم ، لو قال الأعجمي ، أردت به ما يراد عند أهله : فوجهان أصحهما كذلك ، لأنه ، إذا لم يعرف معنى اللفظ ، لم يصح قصده .

ومثله ، لو قال طلقة في طلقتين ، وجهل الحساب ، ولكن قصد معناه وقعت طلقة وقيل طلقتان .

ولو نطق العربي بكلمات عربية ، لكنه لا يعرف معانيها في الشرع ، مثل قوله لزوجته:أنت طالق للسنة ، أو للبدعة ، وهو جاهل بمعنى اللفظ أو نطق بلفظ الخلع ، أو النكاح ، ففي القواعد للشيخ أبي محمد بن عبد السلام ، أنه لا يؤاخذ بشيء إذ لا شعور له بمدلوله حتى يقصده الى اللفظ ، قال وكثيراً ما يخالع الجهال بين (الأغبياء)[1] الذين لا يعرفون مدلول لفظ الخلع ، ويحكمون بصحته للجهل بهذه القاعدة وفيما قاله نظر ، (وقد)[2] قالوا فيما لو قال زنأت (بالهمز)[3] في الجبل أنه كناية ، لأنه ظاهر في الصعود سواء كان قائله عامياً أو غيره وعن (ابن سلمة)[4] أنه صريح في العامي الذي لا يعرف اللغة دون غيره ، فما قاله الشيخ ، إنما يظهر على هذا الوجه .

ومن هذه القاعدة ، لو قال أليس لي (عليك)[5] ألف ؟ فقال بلى أو نعم فإقرار ، وقيل ، لا يلزمه في نعم ، وهو قياس النحو ، ولم يفصلوا بين العامي

---

(١) في (د) (الأغنياء) .

(٢) في (ب) و(د) (فقد) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بالهمزة) .

(٤) هو أبو الطيب محمد بن المفضل بن سلمة الضبي البغدادي تفقه على ابن سريج ، كان موصوفاً بفرط الذكاء وقال الشيخ أبو إسحاق في طبقاته انه كان عالماً جليلاً ـ توفي وهو شاب في شهر المحرم سنة ثمان وثلثمائة قال النووي في تهذيبه تكرر نقل الرافعي عنه ـ كان والده من الأدباء وجده تلميذ الفراء وشيخ ثعلب ـ انظر طبقات الشيرازي ص ٩٠ ـ تهذيب الأسماء جـ ٢ ص ٢٤٦ العبر جـ ٢ ص ١٣٧ .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عندك) .

(والنحوي)[1] نعم فصلوا بينهما ، فيما لو قال أنت طالق إن لم تدخل الدار بفتح أن ، فإنه يقع في الحال إن كان قائله نحوياً ، بخلاف العامي ، فإنه لا يقصد إلا التعليق .

(الرابع): الجهل بالتحريم مسقط للإثم والحكم في الظاهر لمن (يخفى)[2] عليه لقرب عهده بالإسلام ونحوه ، فإن علمه وجهل (المرتب عليه لم يعذر .

ولهذا ، لو جهل تحريم الكلام في الصلاة عذر ، ولو علم التحريم وجهل)[3] الإبطال بطلت ، وإن علم أن جنس الكلام يحرم ولم يعلم أن التنحنح والمقدار الذي نطق به (محرم)[4] فمعذور في الأصح .

ومنها ، لو جهل تحريم الخمر عُذِر ، ولم يُحدّ ، فلو قال علمت التحريم وجهلت الحد حُدّ وإن قال علمت الحد ، ولكن ظننت أن (ذلك)[5] القدر لا يسكر حد ولزمه قضاء الصلوات الفائتة في السكر .

ومنها ، لو تطيب المحرم جاهلاً بالتحريم فلا فدية ، خلافاً للمزني ، ولو علم تحريم الاستعمال ، وجهل وجوب الفدية وجبت ، ولو علم تحريم الطيب وجهل كون الممسوس طيباً ، فلا فدية على المذهب ولو مسّ طيباً رطباً وهو يظنه يابساً لا يعلق (به منه)[6] شيء ، ففي وجوب الفدية قولان ، وذكر صاحب التقريب أن الجديد عدم الوجوب ومنها الرد بالعيب على الفور ، فلو أخر وقال لم أعلم أن لي الرد ، قُبِل إن قرب عهده بالإسلام أو نشأ ببادية ، ولو قال لم أعلم أنه يبطل بالتأخير قُبِل ، لأنه مما يخفى على العوام ، قال النووي (وهذا)[7]

---

(١) في (ب) و(نحوه) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (يختفي) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٤) في (ب) و(د) (يحرم) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ذا) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (منه به) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(بشرط)[1] أن يكون ممن يخفى عليه مثله ، وهكذا القول في الشفعة.

ومنها ، لو (عتقت)[2] الأمة تحت العبد وقالت جهلت الخيار عُذِرت في الأظهر. ومنها ، لو قال علمت تحريم الجماع وجهلت وجوب الكفارة وجبت بلا خلاف ذكره الدارمي وغيره ، قال النووي في شرح المهذب وهو راجح .

ومنها ، لو أكل الصائم جاهلاً بالتحريم ، وكان يجهل مثل ذلك لم يفطر ، وإلا أفطر ، وقد استُشكل (تصوير)[3] هذه المسألة ، لأن حقيقة الصوم هو الإمساك عن المفطرات ، فمتى لم يعرف الصائم ذلك لم يصح صومه ، وحينئذ فكيف يتعمد الفطر مع الجهل بتحريم الأفطار ويمكن (تصويرها)[4] بما إذا أكل ناسياً وقلنا لا يفطر فظن أنه أفطر بهذا الظن متعمداً جاهلاً بالتحريم.

ومنها ، لو سبق الإمامَ بركنين عمداً مع العلم بالتحريم بطلت صلاته، (فإن)[5] كان جاهلاً لم تبطل ، لكن لا يعتد بتلك الركعة ، فيتداركها بعد سلام الإمام.

تنبيهـــان :

(الأول): هذا لا يختص بحقوق الله (تعالى)[6] ، بل يجري في حقوق الآدميين ، ففي تعليق القاضي الحسين في كتاب الشهادات ، لو أن رجلاً قتل رجلا وادعى الجهل بتحريم القتل ، وكان مثله يخفى عليه ذلك يقبل قوله في إسقاط القصاص وعليه الدية مغلظة ، وفيما قاله نظر قوي .

(الثاني): إعذار الجاهل من باب التخفيف ، لا من حيث جهله.

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الشرط) .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أعتقت) .
(٣) في (د) (تصور) .
(٤) في (ب) (تصويره) .
(٥) في (ب) (وان) .
(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

ولهذا قال الشافعي (رضي الله عنه)[1] : لو عذر الجاهل ، لأجل جهله لكان الجهل (خيرا)[2] من العلم (اذ)[3] كان يحط عن العبد أعباء التكليف (ويريح)[4] قلبه (من)[5] ضروب التعنيف ، فلا (حجة)[6] للعبد في جهله (بالحكم)[7] بعد التبليغ والتمكين ، (لئلا يكونَ للناس على الله حجةٌ بعد الرسل)[8] .

(الخامس): الجهل بالشرط مبطل وإن صادفه .

فمن صلى جاهلاً بكيفية الصلاة لا تصح صلاته ، وإن أصاب كما أن (من)[9] فسر كتاب الله (تعالى)[10]بغير علم أثم ، وان أصاب (وكما أن القاضي إذا حكم وهو جاهل بحكم الله يدخل النار ، وإن أصاب)[11]، وكذا قال في المطلب في باب القضاء من اعتقد التوحيد عما ظنه دليلاً وليس بدليل في الحقيقة ، فهو غير عارف بالتوحيد (كمن)[12]اعتقده (لا عن دليل)[13]أصلاً .

ولهذا امتنع على الشاهد إذا كان فاسقاً من أداء الشهادة على أحد الوجهين لأنه حمل الحاكم على الباطل ، ولا يقال أن الحاكم قضى بالحق فكيف يكون باطلاً ، لأنا نقول السبب الذي استند إليه القضاء إذا كان باطلاً (شرعاً)[14]كان

---

(١) في (ب) (رحمه الله) .
(٢) في (د) (خير) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (إذا) .
(٤) في (د) (ويروح) .
(٥) في (ب) و(د) (عن) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حاجة) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في الحكم) .
(٨) سورة النساء الآية رقم ١٦٥ .
(٩) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) .
(١١) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لمن) .
(١٣) في (د) (هن لا دليل) .
(١٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (شرعياً) .

(القضاء)[1] باطلاً ، وإن صادف الحق انتهى .

وكما أن (من تطبب ولم يعلم منه طب [2] يضمن وإن أصاب)[3] (رواه أبو داود [4] وابن ماجه)[5] ، وعلى هذا لو وصف وهو طبيب دواء لأبيه فاستعمله فمات لم يرثه ، إن كان جاهلاً بالطب ، لأنه يعد قاتلاً ، وإن كان عارفاً ، فلا ، لأنه لم يغشّه ، (قال)[6] الرافعي ، لو سقى مورّثه الصبيّ دواءً (أوبط)[7] جرحه على سبيل المعالجة ومات لم يرثه ، (وفيه)[8] وجه حكاه (ابن اللبان)[9] عن صاحب التقريب ، والتقييد بالصبي يخرج البالغ .

---

(١) في (د) (القصاص) .

(٢) في (ب) طب وفي الأصل و(د) (طيب) .

(٣) (من تطبب ولم يعلم منه طب يضمن وإن أصاب) حديث أخرجه ابن ماجه في سننه عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده باللفظ التالي وهو عن عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من تطبب ولم يعلم منه طب قبل ذلك فهو ضامن) انظر سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١١٤٨ وأيضاً انظر المستدرك جـ ٤ ص ٢١٢ وفيه قول الحاكم هذا الحديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه وأيضاً سنن الدارقطني جـ ٣ ص ١٩٥ ـ ١٩٦ دار المحاسن للطباعة .

(٤) لم أعثر عليه في سنن أبي داود وأما أبو داود فهو سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو بن عمران الأزدي كتابه في السنن يدل عليه سمع من جماعة كثيرين اثني عليه العلماء ووصفوه بالحفظ التام والعلم الوافر والاتقان والورع والدين والفهم الثاقب في الحديث ـ ولد سنة اثنتين ومائتين وتوفي بالبصرة لأربع عشرة بقين من شوال سنة خمس وسبعين ومائتين ذكرت ترجمته في كتب كثيرة من بينها الفهرست لابن النديم ص ٣٣٨ ـ تهذيب الأسماء واللغات للنووي جـ ٢ ص ٢٢٤ ـ ٢٢٧ .

(٥) انظر سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١١٤٨ وابن ماجه هو محمد بن يزيد الربعي القزويني أبو عبد الله بن ماجه أحد الأئمة في علم الحديث وهو من أهل قزوين رحل إلى البصرة وبغداد والشام ومصر والحجاز لطلب الحديث وكتابه فيه معروف وهو أحد الكتب المعتمدة وله أيضاً كتاب في التفسير وكتاب في تاريخ قزوين ـ ولد سنة تسع ومائتين من الهجرة ـ توفي سنة ثلاث وسبعين ومائتين انظر الاعلام للزركلي جـ ٨ ص ١٥ .

(٦) في (ب) و(د) (وقال) .

(٧) في (د) (وبط) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ومنه) .

(٩) هو أبو الحسين محمد بن عبد الله البصري الفرضي المعروف بابن اللبان كان إماماً في الفقه والفرائض ـ توفي في شهر ربيع الأول سنة اثنتين وأربعمائة انظر طبقات ابن السبكي جـ ٤ ص ١٥٤ ـ شذرات الذهب جـ ٣ ص ١٦٤ ـ النجوم الزاهرة جـ ٤ ص ٢٣١ ـ اللباب جـ ٣ ص ٦٥ ـ طبقات الشيرازي ص ١٢ .

(السادس):

الجهل والنسيان يعذر بهما في حق الله تعالى المنهيات دون المأمورات والأصل فيه (حديث) (معاوية بن الحكم)[1] ، لما تكلم في الصلاة)[2] ولم يؤمر بالإعادة (لجهله)[3] بالنهي .

وحديث (يعلى بن أمية)[4] حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بنزع الجبة عن المحرم)[5] ولم يأمره بالفدية لجهله ، (واحتج)[6] (به)[7] (الإمام)[8] الشافعي (رضي الله عنه)[9] على أن من وطئ في الإحرام جاهلاً أو ناسياً ، فلا فدية عليه .

والفرق بينهما من جهة المعنى أن المقصود من المأمورات إقامة مصالحها وذلك

---

(١) هو معاوية بن الحكم السلمي وهو من الصحابة ونزل الصفة ـ انظر ترجمته في حلية الأولياء جـ ٢ ص ٣٣ ـ ٣٤ .

(٢) حديث معاوية بن الحكم لما تكلم في الصلاة أخرجه مسلم على الوجه التالي وهو عن معاوية بن الحكم السلمي قال بينا أنا أصلي مع رسول الله صلى الله عليه وسلم إذ عطس رجل من القوم فقلت يرحمك الله فرماني القوم بأبصارهم فقلت وأثكل أمّياه ما شأنكم تنظرون إلي فجعلوا يضربون بأيديهم على أفخاذهم فلما رأيتهم يصمتونني لكني سكت فلما صلى رسول الله صلى الله عليه وسلم فبأبي هو وأمي ما رأيت معلماً قبله ولا بعده أحسن تعليماً منه فوالله ما كهرني ولا ضربني ولا شتمني قال إن هذه الصلاة لا يصلح فيها شيء من كلام الناس إنما هو التسبيح والتكبير وقراءة القرآن . . . الخ الحديث انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٥ ص ٢٠ ـ ٢١ وأيضاً سنن أبي داود جـ ٢٨٦ ـ ٢٩ وص ٣٤ ـ ٣٥ ـ والنسائي جـ ٣ ص ١٤ ـ ١٨ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (بجهله) .

(٤) هو يعلى بن أمية بن أبي عبيدة بن همام بن الحارث بن بكر بن يزيد بن مالك بن زيد بن مناة بن تميم ـ شهد موقعة تبوك مع رسول الله صلى الله عليه وسلم وقد ذكره ابن سعد في طبقاته مع الصحابة الذين نزلوا مكة ـ انظر طبقات ابن سعد جـ ٥ ص ٤٥٦ .

(٥) حديث يعلى بن أمية حيث أمره النبي صلى الله عليه وسلم بنزع الجبة عن المحرم أخرجه الترمذي على الوجه التالي وهو أن اعرابياً قد أحرم وعليه جبة فأمره أن ينزعها) انظر صحيح الترمذي جـ ٤ ص ٥٨ ـ ٥٩ وأيضاً انظر فتح الباري جـ ٣ ص ٣٠٧ ـ ٣٠٨ وجـ ٤ ص ٥١ في رواية البخاري لهذا الحديث .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (احتج) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) في (ب) (رحمه الله) .

لا يحصل ، إلا بفعلها ، والمنهيات مزجور عنها (بسبب)[1] مفاسدها امتحاناً للمكلف بالانكفاف عنها ، وذلك إنما يكون بالتعمد لارتكابها ومع النسيان والجهالة لم يقصد المكلف ارتكاب (المنهى)[2] فعذر بالجهل فيه .

(ومن فروعها)[3]... ولوجاوز المريد للاحرام الميقات ناسياً ، لزمه الدم ، بخلاف ما إذا تطيب ناسياً ، لأن الإحرام من الميقات مأمور به ، والطيب منهي عنه ، لكن يشكل على هذا قص (الأظافر)[4] ، فإنه منهي عنه ، ولو فعله ناسياً ، لزمه الدم ، ولو نسي الترتيب في الوضوء لا يجزيه على الجديد (وكذا)[5] ، لو ترك الفاتحة ناسياً ، قال النووي وهما جاريان فيما لو نسي الماء في رحله (وصلى)[6] بالتيمم ، وكذا لو صلى أو صام أو توضأ بالاجتهاد ، فصادف قبل الوقت أو بالاناء النجس ، أو تيقن الخطأ في القبلة أو صلى بالنجاسة ناسياً (أو رأوا سواداً)[7] ظنوه عدواً ، فصلوا صلاة شدة الخوف أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيراً فبان غنياً أو مرض وقال أهل الخبرة انه معضوب ، فأحجّ عن نفسه فبرىء أو غلطوا في الوقوف بعرفة ووقفوا (في)[8] الثامن أو باعه حيواناً ، على أنه بغل فبان حماراً ، أو بالعكس ، فإن الخلاف ثابت في الجميع (قال)[9] ، لكن صححوا الصحة في صور أخرى ، كما لو نوى الصلاة خلف زيد (هذا)[10] ، فبان (عَمْرٌ اً)[11] أو

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لسبب) .
(٢) في (ب) و(د) (النهي) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ومن فروعه) هذا ويوجد في (د) بياض يقدر بنصف سطر بعد كلمة (فروعها) .
(٤) في (ب) و(د) (الأظفار) .
(٥) في (ب) (ولذلك) وفي (د) (وكذلك) .
(٦) في (ب) و(د) (وصلاته) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أو رأوا سوداً) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٩) في (ب) (قاله) .
(١٠) (٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(١١) (٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (عمراً) .

على هذا الميت زيد (فبان)[1] (عَمْراً)[2] أو باع مال مورثه ظاناً حياته ، فبان [3] ميتاً أو شرط في أحد الزوجين وصفاً [4] فبان خلافه سواء كان أعلى من المشروط أو دونه ، ولو حلف لا تخرج إلا بإذنه فأذن ولم تسمع فخرجت فالأصح لاحِنْثَ ، لأن الاذن قد حصل .

(أما في حقوق الآدميين فقد [5] لا يعذر ، كما لو ضرب مريضاً جهل مرضه ضرباً يقتل المريض يجب القصاص في الأصح.بخلاف ما لو حبس من به جوع وعطش ، ولم يعلم بحاله مدة لا يموت فيها الشبعان عند الحبس لا قصاص ، وكأن الفرق أن أمارات المرض ، لا تخفى ، بخلاف الجوع .

ولو شهدا بقتل ثم رجعا ، وقالا تعمدنا [6] ، ولكن ما عرفنا أنه يُقتل بشهادتنا [7] فلا [8] يجب القصاص ، في الأصح إذ [9] لم يظهر تعمدهم [10] للقتل [11].

ولو سرق ثوباً رثاً لا يساوي ربع دينار ، وكان في جيبه تمام الربع ، ولم يعلم به قطع في الأصح)[12].

---

(١) في (ب) و(د) (فكان) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (عمرا) .
(٣) في (ب) و(د) (فكان) .
(٤) في (ب) (وصف) .
(٥) في (د) (بقد) .
(٦) في (د) (شهدنا) .
(٧) في (د) (يقبل شهادتنا) .
(٨) في (د) (ولا) .
(٩) في (د) (إذا) .
(١٠) في (ب) (قصدهم) وفي (ب) (بعدم) .
(١١) في (د) (القتل) .
(١٢) الكلام المشار إليه في القوسين ابتدا ء من قوله (أما في حقوق الآدميين) وانتهاء بهذه الكلمة وهي (الأصح) ذكر في (ب) بعد الفرع الآتي وهو (ومنها في حنث الجاهل . . . الخ) وسنشير إليه مرة أخرى في الهامش الذي يلي هذا مباشرة .

(ومنها في حنث الجاهل والناسي قولان : أرجحهما المنع)[1] .

ومن صور الجهل أن يحلف أن الشيء الفلاني لم يكن أو كان ظناً منه أنه كذلك ، فبان أنه (على)[2] خلاف ما ظنه ، وبهاتين صورها ابن الصلاح في فتاويه ، وقال النووي في فتاويه صورته أنه يعلّق على فعل شيء ، فيفعله ناسياً لليمين ، أو جاهلاً بأنه المحلوف عليه ، والأول أولى .

وقد قال في الروضة (لو)[3] جلس مع جماعة فقام ولبس خف غيره ، فقالت له زوجته استبدلت بخفك ولبست خف غيرك ، فحلف بالطلاق أنه لم يفعل ذلك فإن خرج ولم يبق إلا ما لبسه لم يحنث وإن بقي غيره (فقال)[4] الرافعي طلقت قال النووي والصواب أنه إن خرج بعد خروجهم وقصد أنه لم يأخذ بدله حنث إن كان (عالماً)[5] وإلا فقَوْلَا الناسي .

« تنبيهات »[6] :

(الأول) :

لا فرق في الجاهل بين أن يكون اليمين على الماضي أو المستقبل كما قاله الرافعي في كتاب الأيمان وقال في كتاب الطلاق إذا حلف أن (هذا)[7] ذهبه الذي أخذه من فلان فشهد شاهدان (أنه ليس ذهبه)[8] حنث على الصحيح ، وإن كان على نفي (لأنه يمكن)[9] الإحاطة به .

---

(١) هذا الفرع ذكر في (ب) قبل قوله (أما في حقوق الآدميين) فما جاء في (ب) مغاير للأصل ورد) من حيث التقديم والتأخير .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) و(د) (قال) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) في (د) (تنبهات) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (هذه) .

(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ليس هو ذهبه) .

(٩) في (ب) (رنه مما يمكن) .

(الثاني) :

إذا قلنا لا يحنث الناسي صدق في دعواه النسيان لأنه لا يُعلم إلا من جهته ويحتمل أن يخرّج على قولَيْ تعارض الأصل والظاهر. ويشهد له ما في فتاوى البغوي فيما لو قال (لها)[1] إن ضربتك فأنت طالق، فضرب امرأة غيرها أو نفسه فأصابها فهو ضارب بدليل أنه يكون (قاتلاً تجب)[2] به الدية ، و هل يحنث؟ فعلى قولَي المكره، فإن قلنا لا يحنث المكره فلدعى أني قصدت ضرب غيرها أو ضرب نفسي فأصابها لم يقبل لأن الضرب (تعين)[3] ، ويحتمل أن يقبل لأن الأصل بقاء النكاح انتهى .

والأشبه التفصيل (بين ما)[4] يتعلق به (حق)[5] الغير أو لا وبه صرح الرافعي في كتاب الايمان في نظير المسألة فقال لو حلف وقال لم أقصد اليمين به صدق إلا في طلاق أو (عتاق)[6] وإيلاء فلا يصدق ظاهراً لتعلق حق الغير .

(الثالث) :

قد يحنث الناس كما لو (حلف)[7] لا يفعل كذا عالماً ولا ناسياً ففعله ناسياً انحلت يمينه جزم به الأصحاب وعلله في البحر بأن مقصود اليمين وجود الداعي إلى (فعله)[8] فإذا وجد الفعل حصل المقصود (الأصلي)[9] .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أنا) .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قاتلا فلا تجب) .
(٣) في (د) (يقين) .
(٤) في (د) (فيما) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٦) في (ب) و(د) (عتق) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حنث) .
(٨) في (د) (نقله) .
(٩) في (د) (الأكمل) .

حرف الحاء المهملة

الحاجة العامة تنزل منزلة الضرورة الخاصة في حق آحاد الناس

كررها امام الحرمين في مواضع من البرهان وكذا في النهاية .

فقال في باب الكتابة إن عقد الكتابة والجعالة والاجارة ونحوها جرت على حاجات (خاصة)[١] (تكاد)[٢] تعم ، والحاجة إذا عمت (كانت)[٣] كالضرورة فتغلب فيها الضرورة الحقيقية . .

(منها) : مشروعية الاجارة مع انها وردت على منافع معدومة قال شارحه (الابيارى) [٤] يعني به أن الشرع كما اعتنى (بدفع ضرورة) [٥] الشخص الواحد فكيف لا (يعتني)[٦] به مع حاجة (الجنس)[٧] ولو منع (الجنس)[٨] (مما)[٩] تدعو الحاجة إليه لنال آحاد (الجنس)[١٠] ضرورة تزيد على ضرورة الشخص الواحد فهي بالرعاية أولى .

ومن فروعها : شرعية ضمان الدرك مع مخالفته لقياس الاصول فان

---

(١) في (ب) (حاقة)

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كادت) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل (د) .

(٤) في (د) (الأنباري) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بضرورة) .

(٦) في (د) (يعتق) .

(٧) في (د) (الحبس) .

(٨) في (د) (الحبس) .

(٩) في (د) (بما) .

(١٠) في (د) (الحبس) .

البائع إذا باع ملك نفسه فما أخذه من الثمن فليس بدين عليه حتى يضمنه .

(ومنها) : مسألة العلج ودلالته على القعلة بجارية منها يصح للحاجة مع أن الجعل المعين يجب أن يكون معلوما مقدورا على تسليمه مملوكا وهو مفقود هنا .

وكذلك الجعالة والقراض وغيرهما (مما)[1] جوز للحاجة وكذلك اباحة النظر للعلاج ونحوه .

* الحاجة الخاصة تبيح المحظور *

(كتضبيب)[2] الاناء للحاجة قالوا لا يعتبر العجز عن التضبيب بغير النقدين فان العجز يبيح أصل الاناء منهما قطعاً، بل المراد الاغراض المتعلقة بالتضبيب (سوى التزيين)[3] (كاصلاح)[4] موضع الكسر كالشد والتوثق وكذا قاله الرافعي وذكر الامام في تفسيرها احتمالين احدهما: أن يكون على قدر الشعب. وثانيهما: العجز عن غير النقدين سواء عجز عن اناء (آخر)[5] أم لا .

(ومنها) : الاكل من طعام الكفار في دار الحرب جائز للغانمين رخصة للحاجة ولا يشترط أن لا يكون معه طعام آخر بل يأخذ قدر كفايته وان كان معه غيره .

(ومنه) : لبس الحرير (لحاجة الجرب)[6] والحكة ودفع القمل وسكتوا (عن)[7] اشتراط وجدان ما يغنى (عنه)[8] من دواء او لبس كما في التداوي

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (د) (كنصيب) .
(٣) هاتان الكلمتان ساقطتان من (ب) وفي (د) (سوى التزين) .
(٤) في (ب) (لإصلاح) .
(٥) في (د) (خمر) .
(٦) في (ب) للحاجة في الحرب) وفي (د) (لحاجة الحرب) .
(٧) في (ب) (على) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (به) .

بالنجاسة وقياس ما سبق عدم اعتباره .

(ومنه) : اباحة تحلية آلات الحرب غيظا (للمشركين)[1] ، وحكوا في (بُرَّة)[2] الناقة وجهين وصححوا المنع والمختار الاباحة (فان النبي صلى الله عليه وسلم اهدى جملا في أنفه بُرة من فضة)[3]

(ومنه) : الخضاب بالسواد للجهاد لما قاله الماوردي وكذلك (التبختر)[4] بين الصفين (وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم لمن[5] رآه يفعل ذلك هذه مشية[6] يبغضها الله الا في هذا الموضع[7] .

* الحالّ لا يتأجل *

قال المتولى والروياني:الا في مسألتين :

(إحداهما)[8] :

اذا قال صاحب الدين عند حلوله لله[9] علي ان لا اطالبه الا بعد شهر لزم

---

(١) في (د) (للكفار) .
(٢) في (د) (هذه) .
(٣) في سنن أبي داود تحقيق الشيخ محمد الدين جـ ٢ ص ١٤٥ جاء ما يلي : عن ابن عباس أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أهدى عام الحديبية في هدايا رسول الله صلى الله عليه وسلم جملاً كان لأبي جهل في رأسه برة من فضة . قال ابن منهال برة من ذهب زاد النفيلي يغيظ بذلك المشركين . وفي سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٠٣٥ عن ابن عباس رضي الله عنهما قريب منه .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (التخيير) .
(٦) في (د) (فمن) .
(٧) ههكذا في (د) وفي الأصل ، ب (مشينة) .
(٨) قوله صلى الله عليه وسلم هذه مشية يبغضها الله إلا في هذا الموضع قاله النبي عن أبي دجانة وهو يختال بين الصفتين (نيل الأوطار ٧/ ٢٥٧ وفيه حديث رواه أحمد وأبو داود والنسائي .
(٩) في (د) (أحدهما) .
(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

وفي تصويره اشكال لان الصورة ان كانت في معسر فالانظار واجب والواجب لا يصح نذره وان كانت في موسر (قاصد) [1] للاداء لم يصح ايضا لأن أخذه منه واجب (ولا)[2] يصح (ابطال) [3] الواجب بالنذر .

(الثانية) :

اذا (اوصى) [4] من له الدين الحال ان لا يطالب الا بعد شهر فانه تنفذ وصيته وقال في المطلب (قبل باب تفريق الصفقة) [5] لا بد للمسألة من قيد وهو أن يخرج قدر الدين من ثلثه لانهم قالوا ان البيع بثمن مؤجل يحسب كله من الثلث إذالم يحل منه شيء قبل موت الموصى لانه منع الورثة من التصرف فيه فكان كإخراجه عن (ملكهم وهذا) [6] مثله .

قلت : هذا القيد حكاه صاحب البحر في باب الوصية عن والده (ثم خالفه) [7] .

وزاد ابن الرفعة ايضا (ثالثة)وهي ما لو باعه شيئا ثم ذكر الاجل في مجلس (العقد) [8] (وفرعنا) [9] على الاصح وهو التحاق الزيادة بالعقد وان الملك ينتقل في (المبيع في)[10] زمان الخيار لان الدين كان حالا وقد تأجل (بل هذه بالفرض أولى

---

(١) في (ب) و(د) (قاصداً) .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لا) .
(٣) في (د) (أنظار) .
(٤) في (ب) و(د) (وصى) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قبل تقرير المسألة) .
(٦) بعض اللام وبعض الكاف والهاء والميم من كلمة (ملكهم) وكلمة (وهذا) غير موجودة في نسخة (ب) بسبب القرض .
(٧) نقط الثاء وبعض الميم من كلمة (ثم) وكلمة خالفه غير موجودة في نسخة (ب) بسبب القرض .
(٨) حروف هذه الكلمة سوى الألف التي في أولها غير ظاهرة في نسخة (ب) بسبب القرض .
(٩) في (د) (وفرضا) .
(١٠) بعض الباء وبعض الياء من كلمة (المبيع)وبعض الفاءمن كلمة (في) غير موجودة في (ب) بسبب القرض .

لان ما كان حالا لا يؤجل) [1] وفيما عداها قد يقال ان الدين باق بصفته وانما منع من طلبه مانع (كالاعسار) [2]. وهو كما قال ولا معنى للاستثناء لان في الصورتين الدين لم يؤجل وانما هو حال ولكن منع من المطالبة مانع. وقد قال الاصحاب في كتاب الضمان انه يصح ضمان الحال مؤجلا فلا يطالب الا كما التزم وثبت الاجل في الاصح ولا يقال أنه (يستثنى) [3] من القاعدة لان الدين لم يخرج عن الحلول الا انه منع منه مانع وهو التزامه على هذه الصفة.

* الحجر يتعلق به مباحث *

(الاول) :

بالنسبة لثبوته وارتفاعه على اربعة اقسام ذكرها المحاملى في المجموع :

(أحدها) ما (يثبت) [4] بلا حاكم (وينفك بغيره) [5] وهو المجنون والمغمى عليه.

(الثاني) :

لا يثبت الا (بالحاكم) [6] ولا يرتفع الا به وهو السفيه.

(الثالث)

لا يثبت الا بحاكم وفي انفكاكه بغيره وجهان وهو (المفلس) [7].

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل وموجود في (ب) و(د) ولا فرق بين النسختين (ب) و(د) وفي ذلك إلا في كلمتين وهما (لا يؤجل) منهما في (د) (لا يؤجل) وفي (ب) (لم تذكر كلمة لا وكلمة يؤجل هي في (ب) يتأجل).

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (من الأعسار).

(٣) في (ب) (مستثنى).

(٤) في (د) (ثبت).

(٥) في (د) (وفك لغيره).

(٦) في (ب) و(د) (بحاكم).

(٧) في (د) (الغلس).

(الرابع) :

(وهو) [1] ما (يثبت)[2] بغير حاكم وهل ينفك بحاكم على وجهين وهو الصبي يبلغ رشيدا هل يزول الحجر عنه (يعنى) [3] (بفك) [4] من له عليه الولاية من أب أو حاكم وجهان . قال في البحر:وقيل انهم ستة ، وَ :

(الخامس) [5] :

المريض يصير محجورا عليه فيما زاد على الثلث من غير الحاكم واذا ازال المرض زال الحجر من غير رضاهم .

(السادس) :

المرتد هل يصير محجورا عليه بنفس الردة أو (لا بد) [6] من حجر الحاكم قولان حكاهما أبو حامد في الجامع (واذا اسلم) [7] زال الحجر بلا خلاف .

((الثاني)) :

ينقسم باعتبار آخر الى ثلاثة أنواع :

(أحدها) :

ما لا يجوز الا بعد تحقق سببه قطعا وهو حجر الصبى (والمجنون) [8] .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .
(٢) في (ب) و(د) (ثبت) .
(٣) في (ب) (يعني) وفي (د) (بمعنى) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (والخامس) .
(٦) في (د) (طلب) .
(٧) في (د) (زاد السلم) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (والجنون) .

(ثانيها) :

ما يجوز بغلبة الظن قطعا وهو السفه .

(ثالثها) :

ما فيه خلاف والأصح جوازه وهو المفلس إذا ظهرت امارات الافلاس .

((الثالث)) :

ينقسم أيضا لما هو لحق نفسه وهو حجر الصبي (والمجنون)[1] والسفيه .
وما لحقّ الغير وهو أنواع :
أحدها : حجر المفلس للغرماء .
الثاني : الراهن للمرتهن .
الثالث : المريض للورثة .
الرابع : العبد لسيده .
الخامس : المرتد للمسلمين .
السادس : الحجر الغريب .
السابع : اذا امتنع مع اليسار من البيع (لوفاء)[2] الدين فللحاكم الحجر عليه بالتماس الغرماء .
الثامن : الحجر على المكاتب .
التاسع : الحجر على المالك في العبد الجاني .
العاشر : الحجر على المالك قبل اخراج الزكاة وعلى الوارث في التركة قبل (وفاء[3]

---

(١) في (د) (والجنون) .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (لبقاء) .
(٣) كلمة (وفاء) والألف واللام والدال والياء من كلمة « الدين » (غير موجودة في (ب) بسبب القرض .

الدين) [1])

الحادي عشر - الحجر على المالك في العين الموصى بها قبل القبول [2]

الثاني عشر [3] - (الحجر) [4] على الشريك في حصته قبل أخذ قيمتها، اذا اعتق شريكه حصته (وقلنا) [5] (يتوقف العتق) [6] على أداء القيمة) [7] .

الثالث عشر [8] - العبد المستحق عتقه بالشرط في البيع، (ان قلنا) [9] الحق فيه لله تعالى، وان قلنا للبائع فيمتنع على المشتري التصرف فيه بغير اذن البائع أيضا، وقد ذكر الرافعي تفريعا عليه أنه، اذا اعتقه عن الكفارة بغير اذن البائع لم يُجزه، والا أجزأ عنها على الاصح .

الرابع عشر [10] - اذا قصر ثوبا او خاطه بأجرة، فإن له حبسه على الصحيح حتى يقبض الاجرة (فيمنع) [11] المالك من التصرف فيه .

الخامس عشر [12] - اذا اشترى شيئا شراء (فاسدا) وأقبض ثمنه، فان له حبسه

---

(١) في (د) (العاشر - الحجر على المالك في العين الموصى بها قبل القبول) فالعاشر المذكور في (د) هو الحادي عشر في الأصل و(ب) فيفهم من هذا ومما سيأتي أن العاشر المذكور في الأصل و(ب) ساقط من (د) .

(٢) في (د) (الحادي عشر - الحجر على الشريك في حصته قبل أخذ قيمتها . . الخ الفرع) وهو الفرع الثاني عشر ، في الأصل و(ب) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل .

(٤) الألف من كلمة (الحجر) غير موجودة في (ب) بسبب القرض .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قلنا) .

(٦) الياء والتاء وبعض الواو والقاف والفاء من كلمة (يتوقف) والألف من كلمة (العتق) غير ظاهرة في (ب) بسبب الأكلة .

(٧) الفرع الثاني عشر المشار إليه في القوسين هو الفرع الحادي عشر في (د) .

(٨) في (د) (الثاني عشر) .

(٩) نقطة النون من كلمة (ان) والقاف من كلمة (قلنا) غير ظاهرة في (ب) بسبب الأكلة .

(١٠) في (د) (الثالث عشر) .

(١١) في (ب) (فليمنع) .

(١٢) في (د) (الرابع عشر) .

الى استرداد ثمنه على قول فليمتنع على هذا، على مالكه التصرف (فيه) [1] قبل رد الثمن .

(السابع عشر) [2] ، اذا أخذ قيمة المغصوب (للحيلولة) [3] ، ثم ظفر الغاصب به، فله حبسه ليقبض القيمة على ما نص عليه (الامـــام)[4] الشافعي (رضي الله عنه)[5] كما حكاه القاضي (الحسين)[6] ، فليمتنع على المالك بيعه، وان كان ممن يقدر على انتزاعه (حسا) [7] حتى يرد القيمة .

(الثامن عشر)[8] ، اذا ركب العبد المأذون الديون، فإنه يمتنع على السيد التصرف بغير اذن الغرماء، وكذا بغير اذن العبد على الاصح في الروضة .

(التاسع عشر)[9] - نفقة الجارية،اذا أخذتها من زوجها للسيد فيها حق الملك ولها حق التوثق، كما أن نفقة زوجة العبد تتعلق بأكسابه، والملك فيها للسيد، ويمتنع عليه بيع المأخوذ قبل تسليم البدل .

(العشرون)[10] - بدل الموصى (بمنفعته)[11]، اذا أتلف يمتنع على الوارث التصرف فيه لاستحقاق أن يشتري به ما يقوم مقامه .

*** الحجة التي يستند اليها القاضي في قضائه قسمان ***

تحقيقية - كالاقرار - والشاهدين - والشاهد واليمين .

وتقديرية - وهي اليمين المردودة ، فانها في تقدير البينة أو الاقرار على الخلاف والقضاء بعلمه في تقدير البينة .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (د) (السادس عشر) .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (للحيولة) .
(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
(٥) في (ب) (رحمه الله) ولم تذكر في (د) .
(٦) في (ب) (حسين) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حيسا) .
(٨) في (د) (السابع عشر) .
(٩) في (د) (الثامن عشر) .
(١٠) في (د) (التاسع عشر) .
(١١) في (د) (بنفقته) .

حديث النفس له خمس مراتب

(الاولى)[1] :

(الهاجس)[2] وهو ما يلقى فيها ولا مؤ اخذة به بالاجماع ، لانه وارد من الله (تعالى)[3] ، لا يستطيع العبد دفعه .

الثانيـــة :

الخاطر ـ وهو جريانه فيها .

الثالثـة :

حديث نفسه وهو ما يقع (مع)[4] التردد ، هل يفعل (أو)[5] لا ، وهذان أيضاً مرفوعان على الصحيح لقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز لأمتى[10] ما حدثت به (أنفسها)[6] (ما لم تتكلم[7] أو تعمل به)[8]) ، فإذا ارتفع حديث النفس ارتفع ما قبله بطريق (الأولى)[9] .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أحدها) .
(٢) في (د) (الحواجس) .
(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .
(٤) في (ب) (من) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أم) .
(٦) في (د) (نفسها) .
(٧) في (د) وفي الأصل (أم) .
(٨) في (د) (نفسها) .
(٩) في (د) (ما لم تعمل به أو تكلم) .
(١٠) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم عن أبي هريرة ولفظه في صحيح البخاري بشرحه فتح الباري جـ ٩ ص ٣٢٣ كما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم) ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص . (ان الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها ما لم يتكلموا أو يعملوا به) .
(١١) في (ب) (أولى) .

قال ـ إمام الحرمين ـ فيما لو نوى المودع الأخذ ، ولم يأخذ لا (ضمان)[1] في الأصح والمراد بالنية تجريد (القصد)[2] .

فأما ما يخطر بالبال وداعية (الذهن)[3] تدفعه ، فلا حكم له ، (وان تردد)[4] الرأي ولم (يجزم)[5] قصداً ، فالظاهر عندنا أنه لا حكم له حتى يجرد قصده في العدوان .

وقال الرافعي في نية الصلاة ، لو تردد في أنه يخرج من الصلاة أو يستمر بطلت والمراد بالتردد أن يطرأ شك مناقض للجزم ، ولا عبرة بما يجري في الفكر أنه لو تردد في الصلاة (كيف)[6] يكون الحال ، فإن ذلك مما يبتلى به الموسوس ، وقد يقع ذلك في الإيمان (بالله سبحانه وتعالى)[7] ، فلا مبالا ة بذلك ـ قاله إمام الحرمين انتهى .

وقال العبادي في الزيادات : لا خلاف أن الآدمي يؤ اخذ بعمل اللسان والسمع والبصر . قلت ، إلا ما سبق (به)[8] لسانه ، أو نظر الفجأة ، وفي الحديث (لا تتبع النظرة النظرة فإنما لك الأولى)[9] قال أما الفؤ اد ، فقال الله تعالى (إن السمع والبصر والفؤ اد كل أولئك كان عنه مسئولاً)[10]فمن الناس من يقول

---

(١) في (ب) (يضمن) .
(٢) في (د) (لقصد) .
(٣) في (ب) (الدين) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وان يرد) .
(٥) في (ب) (يحرم) .
(٦) في (د) (فكيف) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (بالله تعالى) .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٩) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه وهو أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي ولفظه في سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين جـ ٢ ص ٢٤٦ كما يلي عن أبي بريدة عن أبيه قال . قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لعلي (يا علي لا تتبع النظرة فإن لك الأولى وليست لك الآخرة) . وانظر السنن الكبرى جـ ٦ ص ٩٠ .
(١٠) سورة الإسراء الآية رقم ٣٦ .

يؤ اخذ بما يسعى به (الباطن)[1] ، إلا أول خطرة)[2] وهو الهاجس والأصح أنه لا يؤ اخذ (بساعي الباطن)[3] ، لقوله صلى الله عليه وسلم (إن الله تجاوز لا متى عما حدثت به أنفسها)[4] وقيل أن اتصل بالعمل يؤ اخذ بالكل انتهى .

(فتحصلنا)[5] على ثلاثة أوجه والصحيح عدم المؤ اخذة مطلقاً.

قال المحققون وهذه المراتب (الثلاثة)[6] أيضاً ، لو كانت في الحسنات لم يكتب له بها (أجره)[7] ، أما الأول فظاهر ، وأما الثاني والثالث فلعدم القصد .

الرابعة - الهم - وهو (ترجيح قصد)[8] الفعل وهو مرفوع على الصحيح لقوله تعالى (إذ همت طائفتان منكم)[9] الآية ولو كانت مؤ اخذة لم يكن الله وليهما ولقوله صلى الله عليه وسلم (ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه)[10])[11].

---

(١) في (ب) (الناظر) .

(٢) في (د) (الأول خطوة) .

(٣) في (ب) (يساعي الناظر) وفي (د) (لساعي البطن) .

(٤) هذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرة بنفس هذا اللفظ وهو عن أبي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله عز وجل تجاوز لأمتي عما حدثت به أنفسها ما لم تعمل أو تتكلم به) انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ١٤٧ وأيضاً انظر ما ورد في فتح الباري جـ ٥ ص ١٢١ وجـ ٩ ص ٣٢٣ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٦٥٩ - بقي أن نقول أن هذا الحديث جاء في الأصل بلفظ (أن الله تجاوز . . . الخ) وفي (ب) و(د) (إن الله عفى . . . الخ) .

(٥) في (د) (فحصلنا) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) وفي (د) (الثلاث) .

(٧) في (ب) و(د) (أجره) وفي الأصل (أجراً) .

(٨) في (د) (قصد ترجيح) .

(٩) سورة آل عمران الآية رقم ١٢٢ .

(١٠) هذا جزء من حديث أخرجه مسلم عن أبي هريرة إلا أنه لم يذكر فيه كلمة (عليه) انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ١٤٩ وفي فتح الباري جـ ١١ ص ٢٧١ - ص ٢٧٥ وفي حديث عن ابن عباس رضي الله عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم فيما يروى عن ربه ومما جاء فيه (وهم بسيئة فلم يعملها كتبها الله له عنده حسنة كاملة فإذا هو هم بها فعملها كتبها الله له سيئة واحدة) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) أما في الأصل فقد جاء الكلام المشار إليه كما يلي (ولقوله صلى الله عليه وسلم ومن هم بسيئة فلم يعملها لم تكتب عليه ولو كانت مؤ اخذة لم يكن الله وليهما) .

الخامسة ـ العزم وهو قوة القصد والجزم به وعقد القلب ، وهذا يؤاخذ به عند المحققين لقوله صلى الله عليه وسلم ، (إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار ، (قيل)[1] يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول ، قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه)[2] .

فعلل بالحرص (وللاجماع)[3] على المؤاخذة بأعمال القلوب كالحسد ، وذهب آخرون إلى أنه مرفوع كلهم لعموم حديث (التجاوز)[4] عن حديث النفس وأجابوا عن حديث الحرص بأنه (قارنه)[5] فعل وسبق عن العبادي ترجيحه ، وهذا هو ظاهر كلام الشافعي (رحمه الله)[6] في الأم حيث قال في (باب)[7] الرجعة إذا طلق امرأته في نفسه ، ولم يحرك لسانه لم يكن طلاقاً ، وكذا كل مالم يحرك لسانه فهو حديث (النفس)[8] الموضوع عن بني آدم انتهى .

وقال ابن عبد السلام حديث النفس الذي يمكن دفعه ، لكن في دفعه مشقة لا اثم فيه ، لقوله (إن الله تجاوز عن أمتي ما حدثت به أنفسها)[9] ، وهذا عام في

---

(١) في (ب) و(د) (قالوا) .
(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري عن أبي بكرة وأخرجه مسلم أيضاً عن أبي بكرة وأخرجه ابن ماجه بعدة طرق عن انس بن مالك وعن أبي موسى وعن بكرة وعن أبي أمامة وله طرق في النسائي عن أبي موسى وعن أبي بكرة ففي فتح الباري جـ ١ ص ٧٢ جاء هذا الحديث كما يلي عن الأحنف بن قيس قال ذهبت لأنصر هذا الرجل فلقيني أبو بكرة فقال أين تريد قلت انصر هذا الرجل قال إرجع فإني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (إذا التقى المسلمان بسيفيهما فالقاتل والمقتول في النار قلت يا رسول الله هذا القاتل فما بال المقتول قال إنه كان حريصاً على قتل صاحبه) وأيضاً انظر فتح الباري جـ ١٣ ص ٢٦ وصحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٨ ص ١٠ ـ ١٢ ـ وسنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٣١١ ـ ١٣١٢ ، وسنن النسائي جـ ٧ ص ١٢٤ ـ ١٢٦ .
(٣) في (د) (والإجماع) .
(٤) في (د) (البخاري) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (تأديه) .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل) .
(٨) في (د) (نفس) .
(٩) انظر فتح الباري جـ ٥ ص ١٢١ وجـ ٩ ص ٣٢٣ وصحيح مسلم بشرح النووي جـ ٢ ص ١٤٧ وابن ماجه جـ ١ ص ٦٥٩ .

جميع حديث النفس .

وإذا تعلق (هذا)[1] النوع بالخير (أثيب)[2] عليه ويجعل تلك المشقة موجبة للرخصة دون إسقاط اعتبار الكسب وإلا كان يقال إنما (سقط)[3] التكليف به في طرف (الشر)[4] لمشقة اكتساب دفعه فصار كالضروري والضروري يثاب (عليه)[5] ولا يعاقب عليه (كذلك)[6] هذا .

تنبيــه :

يستثنى من عدم المؤاخذة بالخطرة ما إذا تعمدها كما ذكره البيهقي في شعب الإيمان فقال نقلاً عن (الشيخ أبي بكر الإسماعيلي)[7] وذكر (مما)[8] لا يؤاخذ به حديث النفس ثم قال وعلى هذا المعنى ما روى (لك النظرة الأولى وليست لك الثانية)[9] إذا كانت الأولى لا عن قصد وتعمد فإذا أعاد النظر فهو كمن حقق الخطرة . قال البيهقي وإذا تعمد الخطرة فهو كمن حقق (النظرة)[10] وذكر

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) في (د) (أثبت) .
(٣) في (د) (يسقط) .
(٤) في (د) (السر) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، د .
(٦) في (ب) و(د) (فكذا) .
(٧) هو أبو بكر أحمد بن إبراهيم ابن إسماعيل الإسماعيلي الجرجاني قال الشيخ أبو إسحق في طبقاته جمع بين الفقه والحديث والدين والدنيا وصنف الصحيح أي المستخرج على الصحيح . توفي سنة إحدى وسبعين وثلثمائة في غرة شهر رجب وله من العمر أربع وتسعون سنة وفي طبقات الشيرازي انه توفي سنة نيف وسبعين وثلثمائة . انظر طبقات الشيرازي ص ٩٥ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٣ ص ٧٣ ـ العبر للذهبي جـ ٢ ص ٣٥٩ ـ شذرات الذهب جـ ٣ ص ٧٥ ـ النجوم الزاهرة جـ ٤ ص ١٤٠ ـ مرآة الجنان جـ ٢ ص ٣٩٧ .
(٨) في (د) (فيما) .
(٩) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه عن ابن بريدة عن أبيه وهو أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي انظر سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين جـ ٢ ص ٢٤٦ ـ والسنن الكبرى للبيهقي جـ ٧ ص ٩٠ .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الخطرة) .

الماوردي في كتاب الشهادات في قوله صلى الله عليه وسلم لا تتبع النظرة النظرة احتمالين أحدهما لا تتبع نظر عينك نظر قلبك والثاني لا تتبع النظرة التي وقعت سهواً النظرة التي وقعت عمداً قال وينبنى عليهما أن من نظر لا عن قصد ثم نظر مرة أخرى هل يأثم وتسقط عدالته فعلى الأول لا تسقط وعلى الثاني تسقط ولا يقبل حتى يتوب .

* الحدود يتعلق بها مباحث *

(الأول) .

تنقسم إلى ضربين .
ما يجب لله ، وما يجب للآدمي .

والذي للآدمي ضربـان :

(أحدهما) :

ما يجب لحفظ النفوس وهو القصاص .

(وثانيهما) :

للأعراض وهو حد القذف فإنه عندنا حق للآدمي ولهذا يورث عنه ولو قال لغيره اقذفني فقذفه لم يجب الحد .

والذي لله تعالى ثلاثة :

(أحدها) :

يجب لحفظ (الأنساب)[1] وهو حد الزنى واللواط .

---

(١) في (د) (الإنسان) .

(ثانيها)[1] :

لحفظ الأموال وهو السرقة وقطع الطريق وإن (اختلف)[2] هل يغلب فيه معنى القصاص أو الحد ورجحوا الأول لكن قالوا لو عفا الولي على مال وجب المال (ويسقط)[3] القصاص ويقتل حداً .

(والثالث) :

ما يجب لحفظ العقول والأموال وهو حد الخمر فإنها حرمت (حفظاً)[4] للعقول وصيانة للأمر والنهي عما يشغلهما فإنهما لا يدركان إلا بوجود العقل حتى حرم أبو حنيفة (رحمه الله)[5] التواجد وتعاطي أسبابه من المطربات والمسموعات الملهيات نقله (الشيخ علاء الدين بن العطار)[6] في كتاب أحكام النساء قال ويجب (أن يفرق)[7] بين الأمر الحامل على الحضور والغيبة (عما)[8] ذكرنا سواء كان يلائم النفس (أو لا يلائمها)[9] مما تحصل معه الغيبة المستغرقة (مطلقاً)[10] قال وهذا المعنى لا أعلم أحداً من العلماء يخالف فيه .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (ثانيهما) .
(٢) في (د) (اختلفت) .
(٣) في (ب) و(وسقط) .
(٤) في (د) (لفظا) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) كلمتي (ابن العطار) ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل ، (د) . وعلاء الدين ابن العطار هو علي ابن إبراهيم ابن داود ابن سلمان ابن سليمان أبو الحسن علاء الدين ابن العطار فاضل من أهل دمشق كان أبوه عطاراً وجده طبيباً ولد سنة أربع وخمسين وستمائة من تصانيفه الوثائق المجموعة والإعتقاد الخالص من الشك . توفي سنة أربع وعشرين وسبعمائة . انظر البداية والنهاية جـ ١٤ ص ١١٧ . الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة جـ ٣ ص ٥ .
(٧) في (ب) و(د) (الفرق) .
(٨) في (د) (كما) .
(٩) هكذا في (د) وفي الأصل ، (ب) (أو يلائمها) .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(الثاني) :

إنها لا تسقط بالتوبة إلا في أربع صور (سبقت في فصل التوبة)[1] .

(الثالث) :

إنها تسقط بالشبهة وتحقيقها يأتي في حرف الشين .

(الرابع) :

في سقوطها بالرجوع إن (كانت)[2] محض حق الله تعالى كالزنى، والشرب سقط قطعاً.

وإن كانت محض حق الآدمي كالقذف لم يسقط قطعاً وإن اشتمل على النوعين كالسرقة فلا يقبل في رجوعه عن الغرم وفي (قبول)[3] رجوعه في سقوط القطع قولان ، ووجه المنع أن حق الله (تعالى)[4] في القطع (ثبت)[5] تبعاً لحق الآدمي.

(الخامس) :

حيث انتفى الحد في الوطء ثبت المهر إلا في وطء السفيه بغير اذن (الولي)[6] فلا حد ولا مهر .

(١) أي في البحث السادس من الأبحث التي ذكرت في التوبة وهي الصور المستثناة من عدم سقوط الحد بالتوبة .
(٢) في (د) (كان) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل ، (د) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (المولى) .

* الحدث يتعلق به مباحث *

(الأول في حقيقته) :

وهو عند الإمام والغزالي المنع من الصلاة ، وعند (آخرين وهو)[1] الأشبه بالمذهب حلول معنى على كل (الجسد)[2] أو بعضه يمنع بقاؤه عند القدرة على زواله بالماء الإقدامَ على الصلاة.وما الطهارةُ فيه شرط .

« واعلم » أنه يطلق على الخارج وعلى المنع (المترتب)[3] عليه وعلى معنى يتوسط بينهما وهو معنى (يقدر)[4] على الأعضاء ينزل منزلة (النجاسة)[5] الحسية في بعض الأشياء والمراد هنا الثاني وهو حكم شرعي.

وأما المعنى المتوسط فمنهم من أنكره ومنهم من أثبته وتصح إرادته وبنوا عليه فروعاً كثيرة :

(منها) : تبعيض الطهارة وتفريق النية ، وارتفاع الحدث عن كل عضو وتقرير كون التيمم مبيحاً لا رافعاً وغيره .

وهو ينقسم إلى أصغر وهو ما أوجب الوضوء وأكبر وهو ما أوجب الغسل وجعل الشيخ أبو حامد الحيض (أكبر)[6] (والجنابة)[7] أوسط .

والذي يظهر (من)[8] تصرفهم أنه مراتب:أكبر وهو ما يوجب الوضوء

---

(١) في (د) (اخرين قال في المطلب وهو) .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (جسد) .
(٣) في (ب) و(د) (المرتب) .
(٤) في (ب) و(د) وفي الأصل (يعذر) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٦) في (د) (أكبره) .
(٧) هكذا في (ب) وهامش (د) وفي صلب (د) والأصل (والنجاسة) .
(٨) في (د) (في) .

والغسل وكبير وهو ما يوجب الغسل فقط وصغير وهو ما يوجب الوضوء فقط وأصغر وهو ما يوجب غسل الرجلين فقط في نزع الخف .

(الثاني) :

لا خلاف أن الأكبر يحل (بجميع)[1] البدن واختلف في الأصغر هل هو كذلك أو (يختص)[2] بالأعضاء الأربعة وجهان أصحهما كما قاله النووي الثاني وبنى عليهما القاضي الحسين والمتولى ما لو غطس (المتوضيء)[3] ولم يمكث زمنا يقدر فيه الترتيب ان قلنا بالأول صح (أو بالثاني)[4] فلا .

(الثالث) :

قيل انه يوجب الوضوء بنفسه لتحريمه الصلاة لكن موسعا إلى وقت الصلاة ، وقيل إنما يوجبه في الوقت لأنه لا يخاطب به قبله (حكاها)[5] ابن يونس في شرح الوجيز وقال الروياني قيل تجب الطهارة عند دخول وقت الصلاة ولأنها (تراد)[6] لها وظاهر المذهب انها تجب بالحدث لأنها لو لم تجب في هذه الحالة (لما)[7] جاز فعلها فان عبادات الابدان لا يجوز تقديمها مقصودة على وقت دخولها .

(الرابع) :

أن الوضوء هل يبطل بالحدث أو تنتهي (مدته)[8] كانتهاء مدة (المسح على الخف)[9] وجهان صحح النووي الثاني واعترض على من (عبر)[10] بنواقض الوضوء وقال القفال في شرح الفروع لو جاز أن يقال الطهارة (بطلت بالحدث

---

(١) في (ب) و (د) (جميع) .
(٢) في (ب) (مختص) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المتولي) .
(٤) في (د) (أو الثاني) .
(٥) في (د) (حكاه) .
(٦) في (د) (يراد) .
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (لم) .
(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (مده) .
(٩) هكذا في (د) وفي الأصل ، ب (مسح الخف) .
(١٠) في (د) (غير) .

لوجب)[1] أن يقال (أن)[2] الصلاة التي أداها (بها)[3] بطلت .

وقال في التتمة الحدث في الدوام (لا يبطل الماضي)[4] وانما يوجب طهارة أخرى بدليل الحائض لو انقطع دمها ولم تجد ماء و (تيممت)[5] يباح للزوج وطؤها فلو (احدثت)[6] لم يحرم وطؤها ولو كان الحدث مبطلا للطهر السابق (لحرم)[7] وطؤها .

الخامس :

ينقسم إلى حدث منقطع ودائم كالاستحاضة والسلس ويختص الحدث الدائم (بستة)[8] شروط: الشد، والتعصيب، والوضوء لكل فريضة بعد دخول الوقت، وتجديد العصابة لكل فريضة، ونية الاستباحة على المذهب، والمبادرة إلى الصلاة في الأصح .

* الحر لا يدخل تحت اليد والاستيلاء *

ولهذا ، لو حبس حرا ولم يمنعه الطعام حتى مات لم يضمنه . (ولو)[9] وطئ حرة بالشبهة وماتت بالولادة ، لم تجب الدية في المشهور ، ولو كانت أمة وجبت القيمة ، قال المحاملي ، والفرق أن ضمان الأمة أوسع ، فإنها تضمن باليد

.(١) في (د) (بطلت بالحدث لجاز لوجب أن يقال الطهارة بطلت بالحدث لوجب) وهو وهم من الناسخ .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) (وساقطة من الأصل) .
(٤) في (د) (لا تبطل بالماضي) .
(٥) في (ب) (فيتممت) وفي (ف) (يتممت) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل ، ب (احداث) .
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يحرم) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بست) .
(٩) هكذا في (ب) و (د) (وفي الأصل (وان) .

والجناية ، والحرة إنما تضمن بالجناية ، ولا تضمن باليد .

ولو حبس أمة غيره ضمن (بأداء)[1] منفعة البدن ، ولا يضمن منفعة البضع ، لأن منفعته ليست بمال ، ومنفعة البدن مال ، ولأن منفعة البضع لا تثبت عليها اليد بدليل أن السيد يزوج الأمة المغصوبة ، (فلم)[2] يوجد للضمان سبب ، بخلاف منفعة البدن ، فان اليد تثبت عليها ، ولهذا لا يؤجر العبد المغصوب ، كما لا يبيعه ، قاله المتولي .

ولو نام (عبد)[3] على بعير فقاده وأخرجه عن القافلة قطع أو حر فلا في الأصح لما (ذكرنا)[4] .

ولو وضع صبيا (حرا)[5] في مسبعة ، فأكله سبع فلا ضمان في الأصح بخلاف ما لو كان عبدا.ولو كانت امرأة تحت رجل وادعى انها زوجته ، فالصحيح أن هذه الدعوى عليها لا على الرجل ، لأن الحرة لا تدخل تحت اليد .

ولو أقام رجلان (كل)[6] منهما بينة على امرأة انها زوجته لم تقدم بينة من هي تحته لما ذكرنا ، بل هما كاثنين اقام كل منهما بينة على نكاح خَلِيَّة .

ولو كان في يد المدبر مال وقال كسبته بعد موت السيد فهو لي ، وقال الوارث بل قبله (فهو)[7] لي ، صدق المدبر بيمينه ، لأن اليد له ، بخلاف دعواهما الولد ، لأنها تزعم أنه حر والحر لا يدخل تحت اليد .

---

(١) في (ب) و (د) (بازا) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) و(ولم) .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عبدا) .

(٤) في (د) (ذكرناه) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (د) (كلا) .

(٧) في (د) (فهي) .

ولو (أفضى)[1] امرأة مكرهة فمهر (مثلها)[2] ثيبا ، وأرش بكارة ، وقيل مهر بكر وفصل الماوردي ، فجعل في الأمة في البيع الفاسد ، يجب مهر بكر وأرش البكارة وقال في الحرة البكر إذا وطئت يجب مهر بكر بدون أرش من جهة أن الحرة لا تدخل تحت اليد ، بخلاف الأمة ،وهو مخالف لنص (الامام)[3] الشافعي (رضى الله عنه)[4] في الام ، فانه أوجب الارش في الحرة .

وأما ثياب الحر البالغ وما في يده من المال فلا (تدخل)[5] في ضمان الغاصب ، لأنها في يد الحر حقيقة ، فان كان صغيرا ، (أو مجنونا فكذلك)[6] في الأصح ، قاله الرافعي في باب السرقة .

* الحر (ضربان)[7] *

ضرب إستقرت له الحرية فذاك .

وضرب يحكم بحريته ظاهرا (كاللقيط)[8] - ففي اعطائه احكام الحر مطلقا خلاف ، والأصح نعم ، وكذلك (المعتق)[9] في مرض الموت ، فانه يحكم بحريته الآن ظاهرا، واذا قتله قاتل بعد موت السيد ، ثم لم يحصل عتق شيء منه ، لوجود الدين وعدم الاجازة من أصحاب الديون أو لم يحصل عتق كله ، لعدم اجازة الوارث في الزائد على الثلث ونحو ذلك أو قبل موت السيد وفرعنا على أن العتق

---

(١) في (د) (افتض) .

(٢) في (ب) و (د) (مثل) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٤) في (ب) (رحمه الله) ولم تذكر في الأصل .

(٥) في (د) (يدخل) .

(٦) في (ب) و (د) (أو مجنونا فوجهان فكذلك) .

(٧) في نسخة (ب) كلام ساقط يبدأ بهذه الكلمة المشار اليها هنا وهي كلمة (ضربان) ويستمر النقص الى آخر كلمة (مباشرته) وسنشير الى ذلك مرة أخرى ان شاء الله .

(٨) في (د) (فاللقيط) .

(٩) في (د) (العتق) .

في المرض ، إذا لم يملك غيره اذا مات قبل موت (المعتق)[1] يكون رقيقا أو مبعضا ، فان قلنا يموت حرا تكملت فيه الدية ، وهذا يتصور مع (وجوب)[2] ديته ، إذا كانت الدية مؤجلة على العاقلة ، فان المؤجل كالعدم .

ولو زنى هذا المذكور لم يجلد مائة ، ولم يغرب عاما لجواز أن يظهر رقه (فنكون)[3] قد زدنا على الواجب .

* الحريم *

يدخل في الواجب والحرام والمكروه ، فكل (محرم)[4] له حريم يحيط به كالفخذين (فانهما)[5] حريم للعورة الكبرى ، والحريم هو المحيط بالحرام وكل واجب دخل في بعض من كل كغسل الوجه لا يتحقق ، إلا بغسل شيء من الرأس من باب ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب ، أما جزما كمسألتنا أو على الأصح ، كما لو كان معه ماء لا يكفيه لطهارته الا بتكميله بمائع يستهلك فيه ، فانه يلزمه على الأصح ، وأما الاباحة ، فلا (حريم)[6] لها لسعتها وعدم الحجر فيها .

* الحشفة *

أحكام الوَطْء تتعلق بقدرها ، ولا يشترط الجميع ، إلا في مسألة واحدة وهي وجوب الدية .

* الحصر والاشاعة *

هي (على)[7] أربعة أقسام :

---

(١) في (د) (العتق) .
(٢) في (د) (وجود) .
(٣) في (د) (ليكون) .
(٤) في (د) (يحرم) .
(٥)هكذا في (د) وفي الأصل (فانه) .
(٦) في (د) (تحريم) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

الأول :

ما نزلوه على الاشاعة قطعا ، كما لو كان له على غيره عشرة دراهم فأعطاه عشرة عددا ، فوزنت (وكانت)[1] أحد عشر كان الزائد للمقبوض منه على الاشاعة ويكون مضمونا عليه ، لأنه قبضه لنفسه جزم به الرافعي ، في باب الربا ، وأفتى بعض فقهاء العصر فيما لو إقترض من شخص (ألفا)[2] وخمسمائة فوزن له ألفا وثمانمائة غلطا ، ثم علما بذلك ، وادعى المقترض تلف الثلاثمائة الزائدة ، أنه إذا لم يوجد منه تقصير فا للازم له (عن)[3] المبلغ الذي احضره (مائتا درهم)[4] وخمسون درهما ، لأن كل مائة خمسة أسداسها مقبوض وسدسها أمانة شرعية ، فالذاهب على حكم الأمانة سدس الثلثمائة المقررة والباقي لازم له طريق القرض واستشهد لها بصورة الأقراض الآتية ، ولم يستحضر النقل المذكور .

ومنها ، لو أوصى بمبعَّض (لمورثه)[5] ، وكان بينهما (مهايأة)[6] ، فان قلنا لا تدخل النادرة في المهايأة أو لم يكن بينهما مهايأة ، فقال الشيخ أبو علي ان انتهينا إلى ذلك أبطلنا الوصية أيضا ، فان المبعض فيها (يتصرف)[7] لمالك الرقبة وهو الوارث ، وذلك غير جائز فبطلت الوصية ، وأشار الامام احتمالا الى أنها تبطل في حصة الوارث وتصح في حصة الشخص فان التبعيض ليس بدعا في القضايا .

الثاني :

ما نزلوه على الاشاعة في الأصح ، كما اذا باع صاعا من صبرة ، (يعلم)[8] ـ صيعانها صح البيع ثم قال الأكثرون ينزل على الاشاعة ، فلو كانت عشرة آصع

---

(١) في (د) (فكانت) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (ألف) .
(٣) في (د) (ثمن) .
(٤) في (د) (مائتي درهم) .
(٥) في (د) (لو أرثه) .
(٦) في (د) (مهاية) .
(٧) في (د) (ينصرف) .
(٨) في (د) وتعلم .

وتلف العشر تلف من المبيع بقدره وهو العشر ، وقيل ينزل على واحد منهما حتى لو تلف شيء بقي المبيع ، ولو بقي صاع ، قال الرافعي في آخر احياء الموات وحتى ، لو صب عليها صبره أخرى ، ثم تلف الجميع ، إلا صاعا (يعين)[1] أيضا .

ومنها ، قال الرافعي في كتاب الاقرار كيس في يد رجلين فيه ألف درهم فقال أحدهما لك نصف (ما في هذا الكيس فيحمل اقراره على النصف الذي في يده ، أو على نصف)[2] ما في يده وهو ربع الجميع فيه وجهان،بناء على القولين في اقرار بعض الورثة بدين مع انكار البعض ، هل يلزمه جميع الدين أو قدر حصته ، وجهان ، والأصح الثاني.وفي الحاوي عن أبي العباس بن رجاء البصري أنه حكى عن (الامام الشافعي)[3] ، أن مذهبه سؤال المقر فإن قال لا شيء (لي)[4] فيه نزل اقراره (فيه)[5] على ما يملكه ، وان قال لي نصفه نزل الاقرار على الربع مشاعا ، وكان الربع الآخر له والنصف للشريك ، لأن المقر أقر في حقه وحق شريكه فيقبل اقراره على نفسه .

ومنها في القراض ، لو كان رأس المال مائة والربح عشرين ، فاسترد المالك عشرين بعد الربح ، فالمسترد يكون شائعا في الربح ، ورأس المال لعدم التمييز قطع به الرافعي ، وقال ابن الرفعة ان طريقة العراقيين تقتضي انحصار المسترد في رأس المال .

ومنها اصدقها عينا (وقبضتها)[6] فوهبت للزوج نصفها ثم طلق قبل الدخول ، فله نصف الباقي أي وهو الربع وربع بدل كله ، لأن (الهبة)[7] وردت على مطلق الجملة (فيشيع)[8] (فيما)[9] أخرجته وما أبقته ومجموع الربعين عين

---

(١) في (د) (تعين) .

(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٣) في (د) (عن الرافعي) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (له) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (وقبضها) .

(٧) في (د) (الهيئة) .

(٨) في (د) (فتتبع) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل (فيها) .

قيمة النصف ، وفي قول (نصف)[1] الباقي ، لأنه استحق النصف بالطلاق ، وقد وجد فينحصر الرجوع فيه وعلى هذا فتنحصر هبتها في نصفها تصحيحا لتصرفها .

ومنها اشترك اثنان في التضحية بشاتين ، لا يجزى في الأصح .

الثالث :

ما نزلوه على الحصر قطعا .

فمنه ، لو قال اعطوه عبدا من رقيقي فمات وماتوا كلهم ، الا واحدا ، تعينت الوصية فيه فلم ينزلوه على الاشاعة ، كما قالوا في البيع في مسألة الصاع السابقة .

ومنها ، (لو)[2] أوصى بثلث عبد بعينه فاستحق ثلثاه تناول الثلث المملوك ان وفى به ثلث ماله نص عليه (الامام)[3] الشافعي (رضى الله عنه)[4] ، وقال (أبو ثور)[5] يرد إلى ثلث الثلث . وكأنه أوصى بالثلث من كل (جزء)[6] نقله في البسيط (وقال)[7] في نظيره من (المبيع)[8] خلاف في (المذهب أنا)[9] نحصر أم نشيع ، والفرق أن الوصية وان ترددت تحمل على الصحة ، كالوصية بالطبل يحمل

---

(١) في (د) (النصف) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٤) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

(٥) في (د) (أبو ثور) وفي الأصل (أبو نويمر) وأبو ثور هو ابراهيم بن خالد الكلبي البغدادي من رواة القديم كان على مذهب الحنفية فاما قدم الشافعي الى بغداد تبعه وقرأ كتبه ونشر علمه ولا يعد تفرده وجها مع أنه كان من الأصحاب وذلك لأن له مذهبا مستقلا ذكر ذلك الرافعي في الغصب ونقله عنه الاسنوي توفي أبو ثور رحمه الله في شهر صفر سنة أربعين ومائتين ـ انظر الفهرست لابن النديم ص٣١١ ط . الاستقامة طبقات الشيرازي ص٧٥ ـ شذرات الذهب جـ٢ ص٩٣ ـ النجوم الزاهرة جـ٢ ص٣٠١ ـ ميزان الاعتدال جـ١ ص١٥ .

(٦) في (د) (حر) .

(٧) في (د) (قال) .

(٨) في (د) (البيع .

(٩) في (د) (المذهب في أنا) .

على طبل الحرب ميلا إلى الصحة والصحيح الحصر في البيع أيضا ، لأنه باع النصف ، وملك النصف ، وذهب ابن سريج الى أن الوصية تصح في جزء من (حصته)[1] ، ويخالف البيع فانه (يفسد)[2] بتفريق الصفقة والوصية لا تفسد ، فأمكن تفريقها .

ومنها ، لو ملك نصابين من الابل مثلا فواجب كل نصاب ينحصر فيه كذا نقله الامام أن المشايخ قالوه ، وزعموا أنه متفق عليه ، وانما القولان في النصاب والوقص ، (قال)[3] والوجه أن يقال واجب النصابين متعلق بجميع المال من غير انحصار واختصاص والدليل عليه أن بنت المخاض واجب نصيب (وهي الاخماس)[4] ، (ثم لا وجه الا اضافة)[5] بنت المخاض الى جميع الخمس والعشرين من غير تخصيص وحصر وكذلك ، اذا وجب في ست وثلاثين بنت لبون فالوجه اضافتها (الى جميع)[6] المال ثم (اذا صح هذا)[7] في الأسنان وجب طرده حيث تكون الزيادة بالعدد فالوجه اضافة الكل إلى الكل .

الرابع :

ما نزلوه على الحصر في الأصح .

(فمنه)[8] ، لو أوصى بثلث عبد ، لا يملك منه ، (الا)[9] الثلث ، فالذي

---

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (صحته) .

(٢) في (د) (تقييد) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٤) في (د) (وبقي الاداء) .

(٥) في (د) (من ثم لا وجه الا اضافة) وبين كلمة (الا) وكلمة (اضافة) بياض يتسع لكلمتين .

(٦) في (د) (لجميع) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (لو أوضح هذا) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

نقله صاحب التقريب أنه يصح فيما ملكه ، لأن الظاهر المعقول من كلامه ، أنه (إنما)[1] أراد بما يملكه منه ، وكأنه قال أوصيت بنصيبي منه ، وحكى وجها (آخر)[2] ، أنه يجعل ذلك جامعا للنصيبين ، لأن الثلث مشاع في الجملة ، فعلى هذا ، لا يحصل إلا ثلث الثلث ، الذي هو مالكه من العبد ، وهو (تسع)[3] جميع العبد ، قال ، وقد أشار الشافعي رضى الله عنه إلى هذا المعنى في الاملاء في المرأة إذا اختلعت [4] بنصف مهرها ، قبل الدخول بها .

ومنها - عبد مشترك بين مالكين وكّل أحدهما صاحبه في عتق نصيبه ، فقال نصفك حر ولم (يرد)[5] نصيبه ، ولا نصيب شريكه ، بل أطلق (فعلى)[6] أي النصفين يحمل وجهان : قال النووي لعل أقواهما الحمل على المملوك ، لا الموكل فيه .

قلت - وقد (يوجه)[7] بأن (تصرفه)[8] فيما هو ملكه أتم ، (وكان حمله عليه أنسب)[9] .

ولو قال : أحد الشريكين اعتقت من هذا العبد النصف ، فهل يختص بجانبه أو يشيع في الجانبين؟فيه الوجهان ، ولا تظهر له فائدة هنا ، لأنه إذا اعتق شيئا من ملكه سرى إلى بقية نصيبه وإلى نصيب شريكه ، الا إذا كان معسرا ونظير المسألة وكيل المرأة في الخلع ، إذا أطلق ولم يضف إليها ولا إلى نفسه ، ولا نوى شيئا ، قال الغزالي (تحمل على الوكالة)[10] وللرافعي فيه بحث والأول أرجح ، لأن خلع الأجنبي نادر ، بخلاف الوكيل .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (د) (بيع) .
(٤) في (د) (اختلفت) .
(٥) في (د) (يفرد) .
(٦) في (د) (بعل) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (توجه) .
(٨) في (د) (يصرفه) .
(٩) في (د) (فكانت علته أنسب) .
(١٠) هكذا في (د) (وفي الأصل) (تحمل الوكالة على) .

ومنها ، لو ملك (نصفا)[1] من عبد ، أو دار ، وقال بعتك النصف منه ، ولم يضف إلى ملكه فوجهان أصحهما عند النووي ينصرف الى نصفه المملوك والثاني الى نصف العبد شائعا ، وصححه صاحب التهذيب في باب الشركة ، فعلى هذا يصح البيع في نصف ذلك النصف (بمصادقته)[2] ملك الشريك ، ويجرى في نصف النصف قولا تفريق الصفقة .

قال الامام (ولو)[3] أقر أحد الشريكين بنصف العبد (المشترك)[4] ، يجري فيه الوجهان ، لكنه في نصف نصيبه يصح قولا واحدا ، لأن (الاقرار)[5] ليس (بعقد فيتفرق)[6] .

ومنها ، لو قال لزوجته قبل الدخول أنت طالق على نصف صداقك ، أما أن يقول الذي تملكينه الآن،أو الذي أملكه،أو يطلق.فان أطلق ، ففيها قولا الحصر والاشاعة والأصح قول الحصر ، فعلى هذا يصح في نصفها ويقع الطلاق (ويرجع)[7] في جميع الصداق (النصف)[8] بالطلاق والنصف بالخلع ، وان قلنا بالاشاعة رجع له النصف وهو قد خالعها على شيء يملكه وشيء لا يملكه ، فرجع إلى مهر المثل .

ومنها ، إذا ابتاع ذراعا من أرض (يعلم)[9] أنها عشرة أذرع صح ، وكأنه باع (العشر)[10] (فهو تنزيل على الاشاعة)[11] ، قال الامام ، إلا أن يعين معينا ، فيبطل كمسألة القطيع . ولو اختلفا ، فقال المشترى أردت الاشاعة فالعقد صحيح ، وقال البائع ، بل أردت معينا ففي المصدق احتمالان ارجحهما عند

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (نصبها) .
(٢) في (د) (بمصادفته) .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (فلو) .
(٤) في (د) (المشتري) .
(٥) في (د) (الافراز) .
(٦) في (د) (بعذر فيفرق) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (وترجع) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٩) في (د) (يعلمان) .
(١٠) في (د) (العشرة) .
(١١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

النووي تصديق البائع .

ومنها ، إذا قال قارضتك على أن نصف الربح لك صح في الأصح أوْلا ؟ لم يصح (في الأصح)[1] ، فلو قال خذ المال قراضا بالنصف وأطلق ، فكلام (سليم)[2] في المجرد يقتضي أن فيه وجهين ، وقال إبن الرفعة في المطلب الأشبه الصحة تنزيلا على شرط النصف للعامل قال سليم ؛ واذا قلنا بالصحة ، فقال رب المال أردت أن النصف لي فيكون فاسدا وادعى العامل العكس صدق العامل ، لأن الظاهر معه وهذا (يخالف)[3] ترجيح النووي في التي قبلها .

(ومنها) : ملك أربعين شاة وحال عليها الحول فهل وجب للفقراء شاة مبهمة أم وجب لهم جزء شائع من أربعين جزءا منها فيه وجهان حكاهما الرافعي بلا ترجيح .

(ومنها) : رجل له زوجتان أو أكثر حلف بالطلاق ولم يعين واحدة (منهن) وحنث أفتى النووي له التعيين في واحدة)[4] منهن ولا طلاق على الباقيات لأنه التزم الطلاق وذلك يحصل بطلاق واحدة فلا يكلف زيادة وخالفه (الباجي)[5] ، وقال يقع على كل واحدة طلقة لأنه يقع بالحنث طلقة عليهن على

---

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٢) هو أبو الفتح سليم بن أيوب بن سليم بالتصغير فيهما الرازي دخل بغداد في حداثته فاشتغل بالنحو واللغة أخذ عن الشيخ أبي حامد ودرس مكانه بعد وفاته ببغداد ـ من تصانيفه غريب الحديث والاشارة وله أيضا كتاب المجرد في فروع الشافعية ـ قال في كشف الظنون هو كتاب في أربع مجلدات جرده من تعليق شيخه الشيخ أبي حامد عاريا عن الأدلة ـ توفي سليم غريقا في البحر بالقرب من ساحل جدة أثناء عودة من الحج وذلك في سلخ شهر صفر سنة سبع وأربعين وأربعمائة ـ انظر طبقات الشيرازي ص١١٢ ـ طبقات ابن السبكي جـ٤ ص٢١٣ ـ كشف الظنون جـ٢ ص١٥٩٣ ـ العبر جـ٣ ص٢١٣ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (بخلاف) .

(٤) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٥) هو علاء الدين على بن محمد بن عبد الرحمن بن خطاب المعروف بالباجي نسبه الى باجة وهي مدينة بالأندلس . ولد سنة احدى وثلاثين وستمائة تفقه على الشيخ عز الدين بن عبد السلام من مصنفاته

كل واحدة بعضها وتكمل .

(ومنها) : (لو)[1] قال لزوجته أنت طالق نصف طلقتين تقع عليه واحدة في الأصح ، والثاني طلقتان حملا له على الاشاعة كما لو قال له نصف هذين الكيسين فله من كل كيس نصفه واذا وقع نصف طلقة تكمل .

* الحقوق *

أربعة أقسام :

(الأول) :

ما لا يقبل الاسقاط ولا النقل ولا الارث كحق الرجوع في الهبة وحق الزوج في الاستمتاع ، وحق العاقلة في (التأجيل)[2] ، وحق الارث وحق ولاية النكاح ، وحق الحضانة ، وحق التقدم في الامامة العظمى ، وحق تفضيل الذكور على الاناث في تقديمهم عليهن (واستحقاق التدريس)[3] ، وحق سراية العتق .

(الثاني) :

يقبل الاسقاط والارث دون النقل كالحدود والقصاص والوصايا ، والولايات ونحوها .

(الثالث) :

(ما)[4] لا يقبل النقل ولا الارث كحق الوالدين .

= مختصر المحصول للرازي ومختصر المحرر للرافعي توفي بالقاهرة بكرة يوم الأربعاء سادس ذي القعدة سنة أربع عشر وسبعمائة . انظر طبقات ابن السبكي جـ٦ ص٢٢٧ - الدرر الكامنة جـ٣ ص١٠١ - حسن المحاضرة جـ١ ص٣١٤ شذرات الذهب جـ٦ ص٣٤ هدية العارفين جـ١ ص٧١٦ .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (التعجيل) .

(٣) في (د) واستحقاق وحق التدريس .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(الرابع) :

ما لا يقبل النقل ولا الارث ويقبل الاسقاط كالسبق الى مقاعد الأسواق وكذا حق التقديم في (الحِلَق)[٢] .

(الخامس) :

ما لا يقبل النقل ويقبل الاسقاط وكذا الارث على الأصح كخيار المجلس، واما خيار الثلاث فيقبل الارث قطعا والاسقاط دون النقل .

* الحقوق تورث كما (يورث المال)[٣] *

بدليل قوله صلى الله عليه وسلم (من ترك حقا فلورثته)[٤] وأورده ابن السمعاني في الاصطلام بلفظ "مالاً أو حقًا" فيورث خيار المجلس وخيار الشرط وخيار العيب وأما الأجل فانما لا يورث لأنه حق عليه لا له، ألا ترى أنه يتأخر حقه من التركة ليقضي الديون ولا يتصور ارث لحق يكون عليه ، وأيضا فان الأجل وان كان حقا ماليا لأنه صفة للدين والدين لا يورث وكيف يورث (الأجل)[٥] ومتى يتصور أن يكون الدين على شخص (والأجل لغيره)[٦] فان قيل (لم لا)[٧] وَجَبَ أن يكون الدين باقيا على الميت في ذمته (بأجله)[٨] ؟

---

(١) في (د) (بياض) .

(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (الخلق) .

(٣) في (د) (تورث الأموال) .

(٤) في صحيح البخاري بشرح فتح الباري جـ١٢ ص٧ ، ص٨ ورد ما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (أنا أولى بالمؤمنين من أنفسهم فمن مات وعليه دين ولم يترك وفاء فعلينا قضاؤه ومن ترك مالا فلورثته) وهذا الذي في صحيح البخاري هو أيضا في الترمذي جـ٨ ص٢٣٩ الى ص٢٤١ . سنن ابن ماجه جـ٢ ص٨٠٧ ـ والدار قطني جـ٤ ص٨٥ ، ص٨٦ (ط . دار المحاسن للطباعة) .

(٥) في (د) (الأصل) .

(٦) في (د) (والأصل على غيره) .

(٧) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل (تاجيله) .

قلنا : ليس هذا من هذه المسألة في شيء وانما لم يبق لأن منفعته في سقوط الأجل وقضاء الدين (يفرغ)[1] ذمته ، واذا كان الأجل لنفسه فمتى كانت المنفعة في سقوطه سقط .

(والضابط)[2] : أن ما كان تابعا (للمالك)[3] يورث عنه كخيار المجلس وسقوط الرد بالعيب ، وحق الشفعة وكذلك ما يرجع للتشفي كالقصاص لأنه قد يؤول إلى المال وكذا حد القذف وهذا بخلاف ما يرجع (للشهوة)[4] والارادة كخيار من أسلم على أكثر من العدد الشرعي لا يقوم الوارث مقامه في التعيين. (وكذلك)[5] إذا طلق (احدى)[6] امرأتيه لا (بعينها)[7] ثم مات. وكذا اللعان إذا قذف (المورث)[8] زوجته ثم مات لم يقم الوارث مقامه في اللعان لأنه من توابع النكاح وهو أيضا يرجع للشهوة .

وقال في التتمة: خيار الروية ينتقل للورثة في صورتين :

(احداهما) :

إذا مات قبل ان يطلع على العيب .

(والثانية) :

إذا اطلع عليه ولم يتمكن من الفسخ حتى مات وقلنا يجوز (تأخير)[9] الفسخ إلى وقت التمكين بحضرة الشهود والحاكم ، وأما إذا اطلع عليه ولم يفسخ مع التمكين بطل حقه، فأما خيار القبول لا يورث كما لو أوجب البيع لإنسان فقَبْل ان يقبل مات المشتري ووارثه حاضر فأراد القبول لا يجوز لأن خيار القبول ليس بلازم .

---

(١) في (د) (تفرع) .
(٢) في (د) (الضابط) .
(٣) في (د) (للمال) .
(٤) في (د) (للشهرة) .
(٥) في (د) (وكذا) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (احد) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (يعينها) .
(٨) في (د) (الموروث) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل .

واعلم : أن الحقوق لا تورث مجردة ابتداء وانما (تورث) تبعا (للأموال كما في الخيار ونحوه فلو لم يرث المال لمانع قام به لم ينتقل اليه شيء كما إذا وهب (لولده)[1] ثم مات الواهب ووارثه أبوه لكون الولد مخالفا له في الدين فلا رجوع للجد الوارث لأن الحقوق إنما تورث تبعا للأموال وهو لا يرث.وكذا لو وهب لولده ثم مات لم يكن (لوارث غيره)[2] الرجوع في ذلك وان كان ذلك من (توابع)[3] المال لأن الموهوب غير موروث عنه وحق الرجوع متعلق بصفة الابوة وقد مات .

وأما الولاء فقال بعضهم يحتمل أن يقال انه غير موروث بدليل انه لا ينتقل لجميع الورثة والأظهر انه يورث لكن للعصبات خاصة .

قلت : قال القفال في شرح التلخيص هذا الذي (يقوله)[4] الفقهاء ان فلانا وارث الولاء وفلانا لم يرثه إنما هو (تجو ز في العبارة)[5] لأن الولاء لا يورث بل يورث به .

* الحقوق المورثة على أربعة أضرب *

(أحدها) :

ما ثبت لجميع الورثة ولكل واحد منهم بتمامه وهو حد القذف في الأصح فاذا عفا بعضهم فللباقي (الاستيفاء)[6] كاملا لأنه إنما شرع لدفع (معرة)[7] الميت وكل واحد منهم يقوم مقام صاحبه فيه ولا يدفع (العار)[8] الا بتمام الحد .

---

(١) في (د) (للأموال وهو لا يرث وكذا لو وهب من ابنه) .
(٢) في (د) (للوارث غيره) .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (موانع) .
(٤) في (د) (تقوله) .
(٥) في (د) (تجويز في العبارة) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (الاسقاط) .
(٧) في (د) (مضره) .
(٨) في (د) (العام) .

(الثاني) :

ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولكل واحد منهم (حصته)[1] سواء ترك شركاؤه حقوقهم أولا وهو حق (المال)[2] .

(الثالث) :

ما ثبت لجميعهم على الاشتراك ولا يملك أحدهم على الانفراد شيئا منه وهو القصاص إذا عفا أحدهم يسقط الكل .

(الرابع) :

ما ثبت لهم على الاشتراك واذا عفى بعضهم (يوفر)[3] الحق على الباقين وهو حق الشفعة ونحو ذلك (الغنيمة)[4] .

* حقوق الله تعالى على ثلاثة أقسام *

(الأول) :

عبادات محضة يترتب عليها نيل الدرجات والثواب (وتتعلق)[5] بأسباب متأخرة كالنصاب والزكاة والوقت للصلاة والصوم .

(الثاني) :

عقوبات محضة تتعلق (بمحظورات)[6] هي عنها زاجرة .

(الثالث) :

كفارات وهي مترددة بين العقوبة والعبادة ثم غالب الكفارات يكون عن المحرمات كما (لو واقع)[7] في رمضان ، والامساك في الظهار والقتل وقد يكون في

---

(١) هكذا في (د) وفي الأصل (حصتيه) .

(٢) في (د) (المالك) .

(٣) في (د) (توفر) .

(٤) هكذا في (د) وفي الأصل (القيمة) .

(٥) في (د) (ويتعلق) ح .

(٦) في (د) (بمحصورات) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل (لوقاع) .

غير محرم لكن فيه مشابهة (لكفارة)[1] اليمين فان الحنث وأن جاز لكن يقتضي الدليل حرمته فانه (اخلال)[2] بتعظيم الله تعالى .

*حقوق الله تعالى مبنية على المسامحة *

والمعنى أنه سبحانه وتعالى أن يلحقه ضرر في شيء .

ومن ثم قبل الرجوع عن الاقرار بالزنى ويسقط الحد بخلاف حق الآدميين فانهم (يتضررون)[3] .

والحقوق المالية الواجبة لله تعالى على ثلاثة أضرب :

(أحدها) :

ما يجب لا بسبب مباشرة من العبد كزكاة الفطر فاذا عجز (عنها)[4] وقت الوجوب لم تثبت في ذمته حتى (لو أيسر)[5] بعد لم يلزمه .

(الثاني) :

(ما)[6] يجب بسبب [مباشرته][7] على جهة البدل أما عن اتلاف كجزاء الصيد فاذا عجز وقت (وجوبه ثبت في ذمته)[8] تغليبا لمعنى الغرامة ، وأما عن

(١) في (د) (ككفارة) .
(٢) في (د) (اجلال) .
(٣) في (د) (يتصورون) .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (د) (لو لم ييسر) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) في (د) (مباشرة به) وهذه الكلمة هي الكلمة الأخيرة في الكلام الذي ذكرنا سابقا انه ساقط من (ب) والذي يبدأ بكلمة (ضربان) وينتهي بهذه الكلمة وهي مباشرته ، وقد جعلناه في قوسين من بدايته الى نهايته .
(٨) كلمة (وجوبه) وكلمة (ثبت) وكلمة (في) والذال والميم من كلمة (ذمته) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .

(الاستمتاع)[1] ككفارة اللباس (والطيب)[2] (فكذلك)[3] على الصحيح في شرح المهذب .

(الثالث) :

ما يجب لكن لا على جهة البدل ككفارة الجماع واليمين والقتل والظهار ففيها قولان اظهرهما تثبت في الذمة عند العجز .

وأما حقوق الآدميين المالية فانما تجب بسبب مباشرته من التزام أو اتلاف ولا تسقط بالعجز أصلا ، ثم ان كانت مؤجلة فلا تستحق الا بحلول الأجل وان كانت حالة فهل يجب ادلؤه قبل الطلب فيه (خمسة)[4] (أوجه)[5] سبقت في حرف الهمزة في اداء الواجبات .

*حقوق الله تعالى إذا اجتمعت فهي على أقسام *

(الأول) :

ما يتعارض وقته فيقدم آكده .

(فمنه) : تقديم الصلاة آخر وقتها على رواتبها وكذلك على (المقضية)[6] إذا لم يبق من الوقت إلا ما يسع الحاضرة فان كان يسع المؤداة والمقضية (فالفائتة)[7] أولى بالتقديم مراعاة للترتيب .

(ومنها) : تقديم النوافل المشروع فيها الجماعة كالعيدين على الرواتب

---

(١) في (ب) (استمتاع) .

(٢) في (د) (بالطيب) وفي (ب) لم تظهر بعض حروف هذه الكلمة بسبب التآكل .

(٣) بعض حروف هذه الكلمة غير موجودة بسبب التآكل في (ب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) في (د) (القضية) .

(٧) في (ب) (فالثانية) وفي (د) (بالفائتة) .

نعم تقدم الرواتب على التراويح في الأصح (وتقديم الرواتب على النوافل المطلقة وتقديم الوتر على ركعتي الفجر في الأصح)[1] وتقديم الزكاة على صدقة التطوع والصيام الواجب على نفله والنسك الواجب على غيره واذا تيقن المسافر وجود الماء آخر الوقت فتأخير الصلاة لانتظاره أفضل من التقديم بالتيمم .

ولو أوصى بماء لأولى الناس (بـه)[2] قدم غسـل الميت على غـيره وغسـل النجاسة على الحدث لأنه لا بدل له وفي غسل الجنابة (والحيض)[3] ثلاثة أوجـه ثالثها انهما سواء فيقرع ويقدم (غسل الميت)[4] والجمعة على غيرهما من الاغسال وايهما يقدم قولان :

فصحح العراقيون الغسل من غسـل الميت ، لأن (الامـام)[5] الشافعـي (رضى الله عنه)[6] علق القول بوجوبه على صحة (الحـديث)[7] ، وصحـح الخراسانيون (وتابعهم)[8] النووي غسل الجمعة لصحة (أحاديثه)[9] .

ومنها ، قاعدة المحافظة على فضيلة تتعلق بنفس العبادة أولى من المحافظة على فضيلة تتعلق بمكانها .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، د .
(٣) في (ب) (والخفين) .
(٤) هكذا في (الاصل وب ود) (غسل الميت) وأرى أنها الغسل من غسل الميت لقوله بعد ذلك فصحح العراقيون (الغسل من غسل الميت) .
(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .
(٦) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب) و (د) .
(٧) حديث (الغسل من غسل الميت) انظر فيه سنن الترمذي جـ٤ ص٢١٤ وسنن ابن ماجه جـ١ ص٤٠٧
(٨) في (د) (وتابعيهم) .
(٩) احاديث (غسل الجمعة) انظر فيها فتح الباري جـ٢ ص٢٨٤ و٢٨٧ و٢٨٨ و٢٩٦ صحيح مسلم بشرح النووي جـ٦ ص١٣٠ ـ ١٣١ ـ وسنن الترمذي جـ٢ ص٢٧٨ ـ ٢٧٩ ـ وسنن أبي داود بشرحه المنهل العذب جـ٣ ص١٩٨ ـ ٢٠١ ـ وسنن ابن ماجه جـ١ ص٣٤٦ ـ والنسائي جـ٣ ص٩٣ .

الثاني :

ما يتساوى (فيه)[1] لعدم المرجح ، كمن عليه فائت من (رمضانين)[2]، فانه (يبدأ)[3] بأيهما شاء ، وكذلك الشيخ الذي عليه فدية (أيام)[4] من (رمضانين)[5] ومن عليه شاتان منذورتان فلم يقدر الا على (احداهما)[6] ، أو نذر حجاً (أو عمرة)[7] قرانا ، فانه (يبدأ)[8] بأيهما شاء .

الثالث :

(ما تفاوتت)[9] ، (فيقدم)[9] المرجح ، كالدم الواجب في الاحرام ، والزكاة الواجبة ، فاذا اجتمعا في شاة ، فالزكاة أولى ، ومثله زكاة (التجارة)[10] والفطرة ، إذا اجتمعا في مال يقصر عنهما ، (فالفطرة)[12] أولى ، (لتعلقها)[13] بالعين .

ولو وجبت عليه كفارة الظهار والقتل ، ووجد الاطعام لإحداهما وهو (من أهله ، وقلنا)[14] (بالاطعام)[15] في القتل ، فالظهار أولى .

---

(١) في (ب) (وقته) وفي (د) (وقتيه) .

(٢) في (د) (رمضان) وبعدها بياض يتسع لكلمتين .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يبدي) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (رمضان) .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (احدهما) .

(٧) في (ب) (وعمره) .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يبدي) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (ما تقاربت) .

(١٠) في (د) (بتقدم) .

(١١) في (ب) (الثمار) .

(١٢) في (د) (بالفطرة) .

(١٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (لتعلقهما) .

(١٤) بعض النون من كلمة (من) وكلمة (أهله) وكلمة (وقلنا) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل والخروم .

(١٥) هذه الكلمة غير موجودة في (ب) بسبب الخروم .

الرابع :

ما اختلف فيه كالعاري (هل يصلى قائما ؟)[1] ، (ويتم)[2] الركوع والسجود محافظة على الأركان ، أو يصلى قاعدا موميا (محافظة على ستر العورة)[3] أو يتخير بينهما والأصح الأول ، وكذا المحبوس بمكان نجس ، والأصح أنه لا يسجد ولا يجلس ، بل ينحني للسجود إلى القدر الذي لو زاد عليه لاقى النجاسة .

ولو كان في موضع نجس ومعه ثوب ، فهل يبسطه ويصلى عريانا أو يصلى فيه أو (يتخير)[4] بينهما ؟ فيه الأوجه الثلاثة ، ولو لم يجد، الا ثوب حرير ، فالأصح تجب الصلاة فيه.ولو اجتمع عراة فهل يستحب أن (يصلوا)[5] فرادى أو جماعة (أو يتخيروا أم هما)[6] سواء؟فيه ثلاثة أوجه .

ومنه (مسألة)[7] ابتلاع الخيط في (رمضان)[8] ، والأصح مراعاة مصلحة الصلاة ، وقد (سبقت في فصول التعارض)[9] .

القسم الثاني :

حقوق الآدميين إذا اجتمعت :

---

(١) بعض الهاء واللام من كلمة (هل) وكلمتي (يصلي قائما) غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .
(٢) هذه الكلمة غير موجودة في (ب) بسبب التآكل .
(٣) بعض الميم وبعض الحاء والألف والفاء وبعض الظاء وبعض التاء من كلمة (محافظة) والعين واللام من كلمة (على) وكلمة (ستر) غير موجودة في (ب) بسبب الخروم .
(٤) في (ب) و (د) (يخير) .
(٥) في (د) (يصلون) .
(٦) في (ب) (أو يتخيروا وهما) وفي (د) (أو يتخير أوهما) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٨) في (ب) رمضن .
(٩) أي في تعارض الواجبين وبالتحديد فيما إذا اجتمع فرضاً عين لله تعالى فقد ذكر هناك أنه يقدم آكدهما ومن بين الفروع التي ذكرت هناك هذه المسألة التي ذكرها هنا .

فتارة تستوي كالقسم والنفقة بين الزوجات ، وتَساوي أولياء النكاح في درجة ، وتسوية الحكام (بين)[1] الخصوم في المحاكمات ، وتساوي الشركاء في القسمة (والإجبار)[2] عليها ، والتسوية بين السابقين إلى مباح .

وتارة يترجح أحدهما كنفقة نفسه على نفقة زوجته وقريبه ، وتقديم نفقة زوجته على نفقة قريبه ، وتقديم غرمائه عليه في بيع ماله ، وقضاء دينه ، وتقديمه على غرمائه بنفقته ونفقة عياله وكسوتهم في مدة الحجر ، وتقديم المضطر على غير المحتاج اليه ، وتقديم ذوي الضرورات على ذوي الحاجات ، والتقديم بالسبق إلى المساجد ومقاعد الأسواق وتقديم حق البيع على (حق)[3] الشري ، والتقديم في الارث بالعصوبة وقرب الدرجة وفي ولاية النكاح بالأبوة والجدودة ، ثم بالعصوبة ، ثم بالولاء وتقديم حق الجناية على حق المرتهن ، وإذا اجتمع على المكاتب ديون ، فالأصح تقديم دين الأجنبي على دين الكتابة ، والحق الثابت لمعين أقوى من الحق الثابت لغير معين ولهذا تجب زكاة المال الموقوف على معين ، بخلاف غير المعين ، والحق المتعلق بالعين أقوى من المتعلق بالذمة ولهذا قدم البائع على المفلس بالسلعة على الغرماء وكذلك المرتهن يقدم (بالمرهون ويقدم)[4] ما لَهُ متعلق واحد على ما لَهُ متعلقان ، كما لو جنى المرهون يقدم المجنى عليه على المرتهن ، لأنه لا (متعلق)[5] له سوى الرقبة ، وحق المرتهن ثابت في الذمة .

---

(١) في (د) (من) .

(٢) في (د) (والأنصاب) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب،د) .

(٤) في (ب) وردت زيادة بعد كلمة (بالمرهون) وقبل كلمة (ويقدم) فما جاء في (ب) هو (بالمرهون ومنه حق أرش الجناية يقدم على غيره من الديون ، وإذا قال البائع لا أسلم المبيع حتى أقبض ثمنه وقال المشتري مثله أجبر البائع ، لأن حق المشتري يتعلق بالعين وحق البائع بالذمة يتعلق ويقدم) - الخ .

(٥) في (د) (يتعلق) .

الثـالـث :

أن يجتمع حق الله (تعالى)[1] وحق الآدمي (وهو)[2] ثلاثة أقسام :

(الأول): ما قطع فيه بتقديم حق الله (تعالى)[3] ، كالصلاة والزكاة ، والصوم والحج ، فإنها تقدم عند القدرة عليها على سائر أنواع الترفه والملاذ تحصيلاً لمصلحة العبد في الآخرة ، وكذلك تحريم وطء المتحيرة ، وإيجاب الغسل لكل صلاة .

(الثاني): ما قطع فيه بتقديم حق الآدمي كجواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه ولبس الحرير عند الحكة ، (وكتجويز)[4] التيمم بالخوف من المرض وغيره من الأعذار ، وكذلك الأعذار المجوزة لترك الجمعة والجماعات والفطر في رمضان والحجّ والجهاد وغيرها ، والتداوي بالنجاسات غير الخمر وإذا اجتمع عليه قتل قصاص ورده قدم قتل القصاص وجواز التحلل بإحصار العدو .

(الثالث): ما فيه خلاف (بحقه)[5] .

فمنها ، إذا مات وعليه زكاة ودين آدمي وفيه أقوال - ثالثها يتساويان والأصح تقديم حق الله تعالى .

ومنها ، الحج والكفارة ، وكذلك حق سراية العتق مع الديون.والأصح تقديم الحج والكفارة والسراية ، قال الرافعي في كتاب الأيمان ، ولا تجري هذه الأقوال في حق المحجور ، بل يقدم حق الآدمي ويؤخر حق الله (تعالى)[6] ما دام حياً ، ومراده (الحقوق المسترسلة)[7] في الذمة دون ما يتعلق بالعين ، فإنه يقدم

---

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .
(٢) في (ب) و(د) (وهي) .
(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .
(٤) في (د) (كتجويز) .
(٥) في (ب) و(د) (في حقه) .
(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .
(٧) في (د) (الحق والمسترسلة) .

حياً وميتاً ، ولهذا الزكاة الواجبة في المرهون تقدم على حق المرتهن ، (وإذا)[1] اجتمع على التركة دين آدمي وجزية ، فالصحيح تساويهما ، والفرق (بينها)[2] وبين الزكاة أن المغلب في الجزية حق الآدمي ، فإنها عوض عن (سكنى)[3] الدار ، فأشبهت غيرها من ديون الآدميين ، ولهذا ، لو أسلم أو مات في أثناء السنة ، لا تسقط الجزية ، ولو مات في أثناء الحول ، لم تجب الزكاة . وأيضاً ، فإن الجزية تجب (في أول الوجوب وجوباً)[4] موسعاً ، والزكاة لا تجب ، إلا بآخر الحول.

ومنها إذا وجد المضطر ميتة وطعام الغير ، فأقوال؟الثالث يتخير ، (والأصح)[5] عند الرافعي أنه يأكل الميتة ، فيقدم حق الآدمي .

ومنها ، لو بذل له الولد الطاعة في الحج وجب على الأب قبوله ، وكذا لو بذل له الأجرة على وجه ولم نوجب عليه القبول في دين الآدمي ، بلا (خلاف)[6] .

فائدة :

قال في البحر في باب الإقرار ـ اعلم أن حقوق الله تعالى كحد (الزنى)[7] والشرب (لا يلزم)[8] الإقرار به ، بل هو مندوب إلى ستره والتوبة منه ، وأما حق

---

(١) في (ب) و(ولو) .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بينهما) .
(٣) في (د) (سكن) .
(٤) في (ب) و(د) . (بالأول وجوباً) .
(٥) في (د) [ولا يصح] .
(٦) في (د) بياض بعض كلمة (خلاف) وقبل كلمة (فائدة) يقارب ثلثي سطر .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الزاني) .
(٨) في (ب) (فلا يلزم) وفي (د) (فلا يبتدأ) .

الآدمي كالقصاص وحد القذف فعليه الإقرار به والتمكين من استيفائه.(وأما)[1] حق الله (تعالى)[2] (المالي)[3] ، كالزكاة والكفارة ، لا يلزمه الإقرار ، بل عليه أداؤه عن إقراره . (أما)[4] حق الآدمي من الدين والعين والمنفعة ، والحق كالشفعة ونحوه ، فإن كان مستحقه عالماً به لزمه أداؤه من غير إقرار عيناً ، إذ لا تدارك فيه ما لم يقع منه تناكر ، وإن كان غير عالم به لزمه الإقرار بالتصادق والاتفاق في الإقرار به والأداء .

* الحكـم *

هو على ثلاثة أقسام :

(الأول)[5] :

ما يؤاخذ به في الظاهر دون الباطن ـ وهو مسائل التديين في الطلاق .

(الثاني) :

(ما يؤاخذ به)[6] في الباطن دون الظاهر ، كما لو باع المال الزكوي فراراً من الزكاة يسقط عنه في الظاهر ، وهو مطالب فيما بينه وبين الله (تعالى)[7] ، وكذلك ، إذا طلق المريض زوجته فراراً من الأرث ، وكذا ، لو أقرّ لوارثه لحرمان

---

(١) في (د) « أما » .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) في (ب) و(وأما) .
(٥) في (ب) أحدهما .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل .
(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) . (ما لا يؤاخذ به (.

الباقي وكذا لوسعى (رجل)[1] إلى ظالم ، (فأخذ)[2] منه (مالا)[3] ، وقيل يضمنه باطناً لا ظاهراً، حكاه الروياني وزيفه ، (فان)[4] الضمان ، لو وجب في الباطن لوجب في الظاهر ، وكذا إقرار السفيه بالمال لا يلزمه في الظاهر دون الباطن[5]

الثالث :

ما يؤاخذ به في الظاهر والباطن وهو كثير .

* حكم الحاكم فيه مباحث *

الأول :

في المسائل الاجتهادية - هل يغير الحكم باطناً؟ فيه وجهان (أصحهما)[6] ، كما (قاله)[7] الرافعي في باب القسامة ، إن (الذي)[8] إليه ميل الأئمة الحل باطناً .

ويتفرع عليها فروع كثيرة :

(منها)[9] للشافعي طلب شفعة الجوار من حنفي مثلاً ، وفيه وجهان أصحهما الحل .

---

(١) في (ب) (برجل)
(٢) في (د) (يأخذ) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ما) .
(٤) في (د) (بأن) .
(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) في (ب) (قال) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب)
(٩) في (د) (ومنها) .

(الثاني)[1] :

قالوا حكم الحاكم في المسائل المختلف فيها يرفع الخلاف ، وهذا مقيد بما لا ينقض فيه حكم الحاكم ، أما ما ينقض فيه فلا .

الثالث :

(مدار نقض الحكم)[2] على (تبيُّن)[3] الخطأ ، والخطأ إما في اجتهاد الحاكم في الحكم الشرعي (حيث)[4] تبين النص أو الإجماع أو القياس الجلي بخلافه ويكون الحكم مرتباً على سبب صحيح ، وإما في السبب ، حيث يكون الحكم مرتباً على سبب باطل ، كشهادة الزور (وفي)[5] القسمين (تبين)[6] أن الحكم لم ينفذ في الباطن ، خلافاً لأبي حنيفة في (الثاني)[7] في العقود والفسوخ ، وأما الحكم الصادر على سبب صحيح وهو موافق لحكم الشرع إجماعاً أو نصاً أو قياساً جلياً ، فنافذ قطعاً ظاهراً وباطناً والصادر على سبب صحيح ، ولكنه في محل مختلف فيه أو مجتهد فيه (متقدم)[8] فيه خلاف ، ولا دليل على رده (فنافذ)[9] ظاهراً (وباطناً)[10] أيضاً ، وقيل ، لا ينفذ باطناً في حق من لا يعتقده .

ومثاله ـ شفعة الجوار ، إذا حكم بها حنفي والأصح (حلها)[11] على ما قاله صاحب المهذب . ورجل مات عن ابنين فادعى رجل عليه ديناً فأقر به احدهما

---

(١) هذه الكلمة لم تذكر في الأصل و(ب) و(د) وقد أثبتها ليستقيم الكلام .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (مقدار نقض الحاكم) .
(٣) في (ب) (تبين) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حتى) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في) .
(٦) في (ب) و(يتبين) وفي (د) (ويتبين) .
(٧) في (د) (الباقي) .
(٨) في (ب) (فتقدم) .
(٩) في (د) (بنافذ) .
(١٠) في (ب) (أو باطناً) .
(١١) في (ب) (حملها) .

(وأنكره)[1] الآخر (فقضى)[2] القاضي على المقر بكل الدين ، قال القاضي (الحسين)[3] نفذ ظاهراً وباطناً ، لأن السبب موجود ، وهو (وجود)[4] الدين على (أبيه)[5] ، والوارث المقر يعلم أنه لا يستحق شيئاً من التركة ، إلا بعد قضاء الدين ، بخلاف غيره من المواضع التي لا ينفذ فيها قضاء القاضي ، إلا ظاهراً لأن السبب غير موجود (هناك)[6] .

* الحلال *

عند (الإمام)[7] الشافعي (رضي الله عنه)[8] : ما لم يدل دليل على تحريمه. وعن أبي حنيفة (رحمه الله)[9] : ما دلّ الدليل على حلّه .

وأثر الخلاف يظهر في المسكوت عنه ـ فعلى قول الشافعي (رضي الله عنه)[10] هو من الحلال (وعلى قول)[11] أبي حنيفة (رحمه الله)[12] هو من الحرام (ويعضد)[13] (قول)[14] الشافعي (رحمه الله)[15] قوله تعالى (قل لا أجد فيما

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وأنكر) .
(٢) في (د) (يقضي) .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) في (ب) و(د) (وجوب) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ابنه) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (هنا) وفي (ب) زيادة بعد كلمة هناك فما جاء فيها هو (هناك إذا شهد عبد) .
(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
(٨) في (ب) (رحمه الله) وفي (د) (لم تذكر هذه الجملة) .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(١٠) في (ب) (رحمه الله) ولم تذكر في (د) .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عند) .
(١٢) لم تذكر هذه الجملة في (د) .
(١٣) في (د) و(يعضده) .
(١٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل و(ب) .
(١٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

أوحي إلى محرّماً)[1] . . . الآية ، (وقوله صلى الله عليه وسلم وسكتَ عن أشياء رحمة (بكم)[2] ، (فلا تبحثوا عنها)[3] »[4] .

وعلى هذه القاعدة ، يتخرج كثير من المسائل (المشكل)[5] (حالها)[6] وبه يظهر وهم من خرجها على ، أن الأصل في الأشياء الحل أو الإباحة .

ومنها ، الحيوان المشكل أمره وفيه وجهان أصحهما الحل ، وذكر الرافعي في (كتاب)[7] الأطعمة ، أن في موضع الأشكال يميل الشافعي (رحمه الله)[8] إلى الإباحة ويميل (أبو حنيفة)[9] (رحمه الله)[10] إلى التحريم .

ومنها النبات المجهول (تسميته)[11] ، قال المتولي يحرم أكله ، وخالفه النووي وهو الأقرب الموافق للمحكى عن الشافعي (رحمه الله)[12] في التي قبلها ، والذي قاله المتولي يشبه (المحكى (فيها)[13] عن أبي حنيفة (رحمه الله)[14] .

---

(١) سورة الأنعام الآية رقم ١٤٥ .

(٢) في (ب) و(د) (لكم) .

(٣) في (ب) و(د) (فلا تبحثوا) .

(٤) قوله صلى الله عليه وسلم (وسكت عن أشياء رحمة بكم) رواه الدارقطني والحاكم وهو ضعيف ورواه الطبري موقوفا ١١/ ١١٤ المستدرك ٤/ ١١٥

(٥) في (د) (المشكلة) .

(٦) في (د) (بها) .

(٧) في (ب) (باب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أبي حنيفة) .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١١) في (ب) (سميته) .

(١٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٣) (المحكي فيها) في (ب) وفي الأصل (المحكى) بسقوط (فيها) وفي (د) (المحكي للمحاملي فيها) .

(١٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

ومنها ، إذا لم يعرف حال (النهر)[1] هل هو مباح أو مملوك ، هل يجري عليه حكم الإباحة أو الملك حكى الماوردي فيه وجهين (مبنيين)[2] على أن الأصل الحظر أو الإباحة .

* (الحلف)[3] يتعلق به مباحث *

الأول :

هو (ما تعلق)[4] به حث أو منع أو تحقيق خبر ، ولو قال لامرأته ان حلفت بطلاقك فأنت طالق ، ثم قال لها أنت طالق إن شاء الله (تعالى)[5] ، قال صاحب الكافي : قياس مذهبنا (أنه)[6] لا يقع ، لأنه حلف بطلاقها غير أنه لا يعرف وجود مشيئة الله تعالى ، فامتنع الحنث .

واعلم أن الحلف ليس بيمين ، واليمين (حيث)[7] (أطلقت)[8] ، إنما يراد بها الموجبة للكفارة والحلف قد يكون كذلك وقد لا (يكون كما)[9] في التعليق على الحث أو المنع أو التحقيق وقد غاير الرافعي في كتاب الإيلاء بينهما ، فقال (فيما)[10] ، إذا حلف على أربعة أشهر فما دونها ، لا يكون

---

(١) في (د) (النهي) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٣) في (د) (الحسنات) .
(٤) في (د) (متعلق) .
(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .
(٦) في (ب) (أن) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (حنث) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (الحلف) وفي (د) (الحالف) فعبارة (ب) بتمامها (واليمين حيث أطلقت) وفي الأصل (واليمين حنث الحلف) وفي (د) (واليمين حنث الحالف) .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يكون يقال فيما إذا حلف كما) .
(١٠) في (د) [كما] .

مولياً ، والذي جرى منه يمين أو تعليق فأفهم أن التعليق ليس بيمين .

الثاني :

الحنث في الحلف الواحد بالله تعالى لا يوجب إلا كفارة واحدة ، وان تعدد المحلوف عليه ، (ومتى)[1] وجد الحنث مرة انحلت اليمين ولا تعاد مرة ثانية.وإن شئت فقل الحلف الواحد على المتعدد يوجب تعلق الحنث بأي واحد وقع ، ولا تتعدد الكفارة ، لأن اليمين (الواحدة)[2] ، لا يتبعض فيها الحنث ، بل متى حصل (حنث)[3] حصل الانحلال ، وإذا قال والله لا أدخل كل واحدة من هاتين الدارين ، فدخل واحدة منهما حنث وسقطت اليمين على ظاهر المذهب خلافاً (لصاحب الإفصاح)[4] ، كما قاله في البحر ، وفيه رد لقول الرافعي في باب الايلاء أنه ، إذا أراد بقوله والله لا أجامع كل واحدة منكن تخصيص كل واحدة (بالإيلاء)[5] على وجه لا يتعلق بصواحبها أنه إذا وطىء واحدة لا يرتفع اليمين ، وقد قال الأصحاب (رحمهم الله)[6] في كتاب الايمان أن تقدير (المقسم)[7] به ، لا يقتضي يميناً ، ولو نواه الحالف ، ومن ثم لو قال حلفت

---

(١) في (د) (متى) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) (حيث) .

(٤) هو أبو علي الحسين بن القاسم الطبري وفي بعض المصادر الحسن بن القاسم الطبري نسبة إلى طبرستان القريبة من خراسان ـ وهو مصنف الإفصاح ـ تفقه على ابن أبي هريرة ـ وهو أول من صنف في الخلاف المجرد وكتابه فيه يسمى بالمحرر ، وأما كتابه الإفصاح فهو شرح متوسط على مختصر المزني ـ توفي صاحب الإفصاح ببغداد قبل سنة خمسين وثلثمائة وقيل سنة خمس وثلثمائة وبين القولين تصحيف ـ انظر طبقات الشيرازي ص ١١٥ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٣ ص ٢٨٠ ـ كشف الظنون جـ ٢ ص ١٦٣٥ ـ تهذيب الأسماء للنووي جـ ٢ ص ٢٦١ النجوم الزاهرة جـ ٣ ص ٣٢٨ .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بإيلاء) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) في (د) (القسم) .

لافعلن كذا (أو أقسمت)[1] لأفعلن (ليس)[2] بيمين ، وان نواه وغاية التقدير ، الـذي قدره الإمـام والرافعـي أن يكون (كهـذا)[3] (ولا)[4] أثـر له في إلزام الكفارة ، (أما من)[5] قال والله لا أكلم زيداً ولا (عمراً)[6] ، ففيها احتمالان ـ أحدهما : أنه لا يحنث ، إلا بالمجموع وهو ما في الوسيط ، وكأن "لا" عنده زائـدة لتوكيد النفي .والثاني : وعليه الجمهور (أنه يحنـث)[7] بأي واحـد كلمـه ، وفي وجوب الكفارة (بكلام)[8] كل منهما الخلاف ، وهذا كله في الحلف بالله ، أما لو كان بالطلاق ونحوه من صور الإيلاء ـ فإن نوى (تعدد)[9] الطلاق كان متعدداً ، وإن أطلق ، (فالأقرب)[10] أنه لا يتعدد ، ولا يلزمه ، إلا طلاق (واحد)[11] .

أما الحلف المتعدد ، فالأصل فيه تعدد موجبه .

ولهذا ، لو قال:أنت طالق ، وكرره ، وأطلق حنث بتعـدده في الأصـح ، بخـلاف ما لو كرر لفـظ (الظهـار)[12] ، وأطلـق فالأصـح ، خلافـاً للحـاوي (الصغير)[13] أنه تلزمه كفارة واحدة والفرق أن في الطلاق موجب اللفظ الثاني غير الأول ، بخلاف الظهار ، لاشتراكهما في التحريم ، ولا نظر إلى تعدد الكفارة على القول المرجوح ، لأن تعددها من حيث العدد لا من حيث مجرد اللفظ ، ولو قال كل ما أملكه حرام علي ، ولـه زوجـات وإمـاء ، (ونـوى)[14] التحـريم

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (إذا قسمت) .
(٢) في (ب) (فليس) .
(٣) في (ب) و(د) (هكذا) .
(٤) في (ب) (أولاً) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ممن) .
(٦) في (د) (عمروا) .
(٧) في (د) أنه لا يحنث .
(٨) في (د) كلام .
(٩) في (د) (لعدد) .
(١٠) في (د) (فالإقرار) .
(١١) في (د) (واحدة) .
(١٢) في (د) (الطهارة) .
(١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (نوى) .

(فيهن)[1] أو طلق ، وجعلناه صريحاً كفاه للجميع كفارة واحدة في الأصح .

ويجري الخلاف فيما لو قال لأربع نسوة أنتن حرام علي ، ولو قال (أنتن)[2] (علي حرام)[3] ونوى التحريم (أو أطلق)[4] ، فإن (قالها)[5] في مجلس واحد كفته (كفارة)[6] واحدة ، وإن تعدد المجلس ، وأراد التكرار فكذلك ، وإن أراد الاستئناف فعليه لكل (واحدة)[7] كفارة ، وقيل يكفي كفارة واحدة ، وإن أطلق فقولان حكاهما الرافعي في فصل الكناية ، بلا ترجيح ، والأرجح كفارة واحدة ، كما في الأيمان ، وهو منزّل منزلتها .

ولو كرر «أنت طالق ثلاثاً» (بلانية له[8] وقع الثلاث . نعم ، لو قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم قال إن دخلت الدار فأنت طالق ، ثم أعاد ثلاثاً)[9] [10] بلانية[11] له ، فالأصح أنه يقع بالدخول طلقة واحدة .

ومثله والله لادخلت الدار في مجلس أو مجالس ، وفعله لزمه كفارة واحدة على المذهب ، وإن أطلق أو نوى الاستئناف . كما صحّحه النووي في كتاب الأيمان من زوائده ، والاتحاد عند الاستئناف[12] مشكل .

---

(١) في (د) (منهن) .
(٢) في (ب) و(د) (أنت) .
(٣) في (د) (حرام على) .
(٤) في (د) (وأطلق) .
(٥) في (ب) (قالهما) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (واحد) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٩) في (ب) (ثالثاً) .
(١٠) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي (بلانية) وينتهي بكلمة (ثلاثاً) ساقط من (د) .
(١١) في (ب) (ولانية) .
(١٢) في (د) (الاستنان) .

(الثالـث)[1] :

الحلف يكون على البت في فعل نفسه إثباتاً ونفياً ، وأما على فعل الغير ، فإن كان إثباتاً ، حلف على البت ، وإن كان نفياً فعلى نفي العلم ، إلا في صورتين :

(أحداهما)[2] ـ جَنَتْ بهيمتُك ، (فتحلف)[3] على البت قطعاً .

الثانية ـ جنى عبدك ، فتحلف على البت في الأصح ، لأن فعل بهيمته ، وفعل ، عبده كفعله ، وفي الحقيقة لا استثناء .

نعم. قد يشكل على القاعدة صور :

منها ، مسألة الغراب ، إذا قال (لإحداهما)[4] ، إن كان غراباً ، فأنت طالق ، وأنكر الزوج ـ حلف على البت (أنه)[5] ، لم يكن غراباً ولا يحلف على نفي العلم ، بخلاف مسألة الدخول ، لو علق على دخولها ، أو دخول غيرها ، (فتنازعا)[6] اكتفى منه بيمين على نفي العلم بالدخول ، قال في البسيط ، كذا قاله إمامي وليس بينهما فرق أصلاً . بل ينبغي أن يقال (وعليه)[7] يمين جازمة (أو نكول)[8] في المسألتين جميعاً .

قال ابن أبي الدم : ومن العجب (يوجه)[9] بالعجز عن الفرق ، وعندي أنه ظاهر جداً ، لأن تعليق الطلاق على دخول زيد الدار تعليق على فعل (يتجدد)[10] من زيد قطعاً ، (يحلف)[11] نافيه على نفي العلم .

وأما مسألة الغراب فليست تعليقاً على فعل الغير مطلقاً ، بل (تعليقاً)[12]

(١) في (د) (الثاني) .
(٢) في (ب) (أحديهما) .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) في (ب) (لأحديهما) .
(٥) في (ب) و(د) (أن) .
(٦) في (د) (متنازعاً) .
(٧) في (ب) و(د) (وعليه) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أو يكون) .
(٩) في (ب) (بوجه) .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل (مجرد) وفي (د) (متجرد) .
(١١) في (ب) (فحلف) .
(١٢) في (ب) (تعليق) .

على كون هذا الطائر المشاهد (بصفة)[1] كونه غراباً ، وإذا لم يكن تعليقاً على فعل الغير ووجوده ، بل على محض كونه (غراباً حلف)[2] من ينفي وجود الصفة المحققة على البت ، (كأن)[3] هذه الصفة ، لم توجد ، لأنه ليس ينفي فعل غيره .

قلت : والإمام (قد فرق)[4] ، كما ذكره الرافعي ، بأن الدخول هناك ، فعل الغير ، والحلف على فعل الغير ، يكون على العلم ، ونفي الغرابية ليس كذلك ، بل هو نفي صفة (عن)[5] الغير ونفي الصفة (كثبوتها)[6] في إمكان الاطلاع ، وإذا كان الشيء مما يطلع عليه في الجملة لم تتغير القاعدة فيه من تعذر أو (تعسر)[7] .

ومنها مسألة الوديعة مال في يد رجل ، فادعى اثنان أن كل واحد منهما أودعه (إياه)[8] وقال:هو لأحدكما (ونسيت)[9] عينه ، وكذباه ، وادعى كل واحد عليه ، أنه المالك ، فالقول قول المودع بيمينه ، ويكفيه يمين واحدة على نفي العلم ، لأن (المدعى شيء واحد)[10]وهو علمه ، كذا قاله الرافعي .

* الحمل يتعلق به مباحث *

الأول :

هل يعلم أم لا قولان ، وليس المعنى (أنه)[11]يفرض معلوماً ، بل يعطى حكم المعلوم.

---

(١) في (د) (يصفه) .
(٢) في (د) (غراباً وإذا خلف) .
(٣) في (ب) و(د) (بأن) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (فرق قد) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل (من) وفي (ب) (في) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (كونها) .
(٧) في (د) (تعذر) .
(٨) في (ب) (أباه) .
(٩) في (د) (ونسب) .
(١٠) في (د) (المدعى به واحد) .
(١١) في (د) (به) .

(اعلم)[1] أنهم قطعوا في مواضع بإعطائه حكم المعلوم وفي مواضع حكم المعدوم وأجروا في مواضع قولين :

فما أعطى حكم المعلوم قطعاً إبل الدية ، يجب فيها الحوامل ، وفي الزكاة إذا كانت الابل إحدى وستين حوامل ، لا يؤخذ [2] فيها حامل ، لأنها في التقدير اثنان ، ولا يخرج اثنان عن واحد ، ولهذا لا يجب عليه إخراج الحامل ، وإنما قطعوا هٰهنا ، بأن (للحمل)[3] حكمَ المعلوم ، لأن البهيمة لا يكاد يطرقها الفحل ، إلا وهي تحبل [4] ، فجعل كالمحقق ، ولهذا لا يؤخذ [5] في الزكاة ما طرقها الفحل .

ومثله ، لو ادعت (الحائض)[6] أنها حامل ، لم تقتل وتؤخر للوضع قطعاً خشية قتل الجنين المحتمل وجوده ، قال النووي في فتاويه : وإذا ماتت المرأة بعد اجتماع خلق الحمل ، فهي شهيدة في ثواب الآخرة ، لا في أحكام الدنيا .

ومثله ، تحريم وطء الأمة الحامل ، إذا ملكها حتى تضع ، لقوله صلى الله عليه وسلم (لا توطأ حامل حتى تضع)[7] ، وكذلك لو خرجت الجارية المشتراة [8] حاملا [9] يثبت له الرد قطعاً .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وفي الأصل يوجد في مكانها بياض .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (لا يوجد) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (اللعمل) .
(٤) في (د) (تحيل .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لا يوجد) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٧) هذا الحديث أخرجه أبو داود في سننه ففي سنن أبي داود تحقيق الشيخ محي الدين جـ ٢ ص ٢٤٨ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري ورفعه أنه قال في سبايا أوطاس (لا توطأ حامل حتى تضع ولا غير ذات حمل حتى تحيض حيضة) وانظر ما جاء في سنن الترمذي جـ ٧ ص ٥٩ ـ ٦٠ وأيضاً السنن الكبرى للبيهقي جـ ٥ ص ٣٢٩ .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (المشتركة) وفي (د) (المستبرأة) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(ومما)[1] نزل فيه منزلة (الموجود)[2] وقف ميراثه (ووجوب)[3] النفقة إذا طلقها وهي حامل ، واختلف في أن النفقة لها ، أو للحمل ، والأصح الأول ، وفي حصول الثمن في مقابلته في بيع الحامل على أحد القولين ، وتجوز الوصية (له)[4] ، لأنها تتعلق (بالمستقبل)[5] ، بخلاف الوقف ، لأنه (تسليط)[6] في الحال ، وهل تجوز الوصية عليه؟إن كان تبعاً جاز قطعاً ، وهل يفرد ، قال في الذخائر : وعن البحر لا وهو الأشبه ، لأن الأب ، لا ولاية له عليه ، (فكيف)[7] ينقلها للغير .

ولو علق الطلاق على الحمل ، وكان هناك حمل ظاهر فقطع الرافعي والنووي بالوقوع ، لوجود الشرط ، لكن الذي عليه جمهور الأصحاب ، أنه لا يقع في الحال وينتظر (الوضع)[8] للشك القائم والأصل بقاء النكاح ، ولعل مأخذ الخلاف في أنه هل له حكم أم لا ، وإذا ظهر بالمطلقة حمل ، فهل يجب تسليم النفقة إليها يوماً فيوماً أو تؤخر (الى)[9] الوضع فيه قولان أصحهما التعجيل ، لقوله تعالى (وإن كُنّ أُولاتِ حملٍ فأنفقوا عليهن حتى يَضعْنَ حَملهنّ)[10] ، قال الرافعي : والقولان مبنيان على الخلاف في أن الحمل ، هل يعرف والصحيح أنه (لا)[11] يعرف ، (فلو)[12] كان الحمل موسراً ، وقلنا النفقة له ، وأن التعجيل

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وما) .
(٢) في (د) (الوجود) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وجوب) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٥) في (د) (بالمستقبل) .
(٦) في (د) (سليط) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الموضع) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١٠) سورة الطلاق الآية رقم ٦
(١١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(١٢) في (ب) و(د) (ولو) .

يجب فلا تؤخذ (من مال الحمل)[1] ، كما لا نوجب فيه الزكاة ، ولكن ينفق الأب عليها ، فإذا وضعت ففي رجوعه في مال الصبي وجهان .

ولو ماتت ذمية ، (وفي)[2] بطنها جنين مسلم جعل ظهرها إلى القبلة ، ليتوجه الجنين إلى القبلة، لأن وجه الجنين على ما ذكر إلى ظهر الأم ، ثم الأصح تدفن بين مقابر المسلمين والكفار ، وقيل في مقابر الكفار ، ولعله بناء على أن الحمل لا حكم له.وينبغي جريانه فيما (قبله)[3] .

وأما الصلاة عليه[3م] ، فنقل النووي في المجموع عن القاضي الحسين ، أنا إن قلنا بالقديم أن السقط الذي لم يستهل يصلى عليه صلى عليها ونوى بالصلاة الولد الذي في جوفها (وقضيته)[4] أن الأصح لا يصلى عليها وهو ظاهر ، لأن شرط ثبوت الأحكام له ظهوره ، ولم يوجد .

ولو باع الدابة بشرط كونها حاملاً ، فقولان أصحهما يصح وهما مبنيان على أن الحمل ، هل يأخذ قسطاً من الثمن ، وفيه قولان أصحهما نعم، قاله الرافعي في كلامه على الرد بالعيب ، وحكى في الثمرة (غير المؤبرة)[5] طريقين أظهرهما: أنه (على)[6] خلاف الحمل تشبيهاً (للثمرة)[7] في الكمام بالحمل في البطن، والثاني:القطع بأنها تأخذ قسطاً من الثمن ، لأنها مشاهدة متيقنة ، أما اللبن فالمعروف أنه يأخذ قسطاً من الثمن ، وحكى الرافعي ، في باب المصراة وجهاً أنه لا

---

(١) في (ب) (من مال صاحب الحمل) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في) .

(٣) في (ب) و(د) (قبل) .

(٣م) أي على الجنين المسلم في بطن ذمية ماتت . .

(٤) في (د) (وقضية) .

(٥) في (د) أتى بكلمتي (عز الدين) ولم يذكر فيها كلمتي (غير المؤبرة) فعبارة (د) (التمرة عز الدين طريقين) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٧) في (د) (لتمرة) .

يأخذ وهو مردود عليه ، فإنه أخذه من كلام الإمام ، وإنما ذكره الإمام تخريجاً له (على الحمل)[1] وهو مردود بالنص ، فإن الشارع جعله في التصرية مقابلاً لقسط من الثمن ، فلا معنى للخلاف فيه .

ومما ينزل فيه منزلة المعدوم ، لا يجوز الوقف عليه ، ولا تجب عليه زكاة الفطر ، ولا يجوز عتقه عن الكفارة نص عليه ، وفي البسيط (للغزالي)[2] أن في كلام العراقيين (تردداً)[3] فيه من كون الحمل يعلم .

قال (صاحب الوافي)[4] ولم أره في كتبهم .

ولو أسرت حربية في بطنها مسلم استرقت في الأصح .

ولو كان بين اثنين دار فمات أحدهما (عن)[5] حمل ، ثم باع الآخر (نصيبه)[6] فلا شفعة للحمل ، لأنه (لا)[7] يتيقن وجوده ، قاله الرافعي في آخر الشفعة ، ثم قال فلو ورث الحمل الشفعة عن مورثه ، فهل لأبيه أوجَدِّه الأخذ قبل انفصاله ؟ وجهان ، وجه المنع، وبه قال ابن سريج ، أنه لا يتيقن وجوده . ولو وقف على أولاده وعلى من يحدث منهم دخل الحادث ، وكذا لو لم يقل وعلى من يحدث منهم في الأصح ، ولو كان أحدهم حملاً عند الوقف ، هل يدخل حتى يوقف له (شيء

---

(١) في (ب) ذكرت هاتان الكلمتان المشار إليهما وسقطتا من الأصل و(د) .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (تردد) .

(٤) هو الإمام أبو البركات عبد الله بن أحمد حافظ الدين النسفي الحنفي المتوفى سنة عشر وسبعمائة وكتابه الوافي قال ع ، صاحب كشف الظنون ـ هو كتاب جمع فيه مؤلفه مسائل الجامعين والزيادات وجعله حاوياً لما في المختصر ونظم الخلافيات مشتملاً على بعض مسائل الفتاوى والواقعات وجعل التعيين فيه بالعلامات فالحاء لأبي حنيفة والسين لأبي يوسف والميم لمحمد والزاي لزفر والفاء للشافعي والكاف لمالك والواو رواية أصحابنا أنظر كشف الظنون جـ ٢ ص ١٩٩٧ ٧

(٥) في (د) (من) .

(٦) في (د) (نصفه) .

(٧) في (ب) و(د) (لم) .

فوجهان)[1] أصحهما - (لا)[2] - لأنه قبل الانفصال لا يسمى ولداً ، وأما (غلته)[3] بعد الانفصال (فيستحقها)[4] ، إلا إذا قلنا الأولاد الأدنون لا يستحقون .

قال في الروضة (ومما يتفرع)[5] على الصحيح أنه لا يستحق مدة الحمل (أنه)[6] لو كان الموقوف غلة (نخلة)[7] ، (فخرجت)[8] ثمرتها قبل خروج الحمل لا يكون له من تلك الثمرة شيء . قطع به الفوراني والبغوي ، وقال الدارمي في الثمرة التي لم تؤ بر - قولان - هل لها حكم المؤ بر ، فتكون للبطن الأول أو لا تكون للبطن الأول؟ قال وهذان القولان يجريان هنا ، وهذا لايختص بالتفريع .

الثاني :

الحمل يندرج في كل عقد معاوضة صدر (بالاختيار)[9] كالبيع ، فلو انتفى الاختيار كبيع الحامل المرهونة في الرهن والرد بالعيب والرجوع بسبب الفلس ورجوع الوالد في هبة ولده ، وفي السفيه قولان (أو)[10] انتفى العوض كالرهن والهبة ففي التبعية قولان ، ونقل الإمام في الهبة أن الجديد فيها عدم الاندراج ، وكلام الرافعي يقتضي الجزم فيها بالاندراج ، ويؤ يده أنه ، لو أعتق حاملاً عتق الحمل ، ولو دبر حاملاً ثبت له حكم التدبير على المذهب ، ولو ماتت أو رجع في تدبيرها دام تدبير الولد ، وإنما جعله تابعاً في التدبير دون الرجوع تغليباً

(١) في (ب) (شيء فيه وجهان) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (عليه) .
(٤) هكذا في (ب) و(في الأصل و(د) (يستحقها) .
(٥) في (د) (وينفرع) .
(٦) في (ب) (إذا) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٩) في (د) (باحتياط) .
(١٠) في (د) (ان) .

للحرية ، وفي الرهن الأصح الاندراج ، وفي الرجوع (في الهبة)[1] بناه الرافعي على الآقالة ، كما فعل (في الرد)[2] بالعيب ، وقضيته أن الأصح عدم الاندراج ، ولكن المنصوص (للإمام[3] الشافعي) في (المفلس)[4] التبعية ، وأما الثمرة المؤ برة فالأصح (فيها الاندراج)[5] وأما غير المؤ برة فتتبع في البيع والصلح والصداق والخلع والأجرة قطعاً ، ولا تتبع (في)[6] الرجوع بالطلاق قطعاً وهل تتبع في الرجوع بالفلس أو بيع المرهون قهراً (وجهان ، أجراهما)[7] الجرجاني في بيع نخيل (المفلس)[8] في دينه ، وهل تتبع في الوصية والهبة ورجوع الولد وجهان .

وأما الصوف واللبن الذي حدث ، ولم (يؤخذ)[9] ، فقال القاضي (الحسين)[10] إنهما للمشتري لا يتبعان في الرد ، والأصح انهما يتبعان كالحمل ، ويلزم الرافعي أن يقول لا يتبعان كالحمل عنده ، بل أولى ، وقد (قال)[11] انه يرد الصوف ولم يذكر مسألة اللبن .

الثالث : اختلف في أنه نقص أو زيادة ، وذكر المتأخرون فيه اضطراباً والتحقيق خلافه ، بل الحمل في البهائم زيادة بدليل قبولها في الزكاة ، وأن ديات الأبل تغلظ بها ، وتخفف بعدمه.

(ولو)[12] شرط في البيع كون الدابة حاملاً ، (فأخلف)[13] (ثبت)[14]

---

(١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل .
(٢) في (د) (بالرد) .
(٣) في (ب) للشافعي .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الفلس) .
(٥) في (ب) (فيها عدم الاندراج) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وجهان أصحهما أجراهما) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (السفيه) .
(٩) (في) (د) (يوجد) .
(١٠) في (ب) (حسين) .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يقال) .
(١٢) في (د) (لو) .
(١٣) في (د) (بخلف) .
(١٤) في (ب) (يثبت) .

الخيار ولولا أنه زيادة لم (يثبت)[1] ، (قيل)[2] لكن لا تقبل الحامل في دية الجنين ، ولا موطوءة لم يتحقق حبلها ، كما (قاله)[3] صاحب المعتمد .

قلت لكن في البحر في كتاب الزكاة: «لو ضرب الفحل ، فلم ندر أحملت أم لا ، لا يأخذها جبراً ،

ولو جاء الجاني (بغرة)[4] ، (وقال)[5] وطئت قبلناها ، لأن الغالب من الضراب الحمل ، بخلاف بنات آدم» انتهى .

والحمل في بنات آدم نقص ، ولهذا ، لو اشترى أمة فظهر أنها حامل ثبت له الرد ، وأما قولهم في الصداق أن حمل الأمة زيادة (ونقص)[6] .

الرابع : ظهور الحمل يعرف بقول أهل الخبرة في الآدمي وغيره ، قال الرافعي في كتاب النفقات ، وتقبل فيه شهادة النسوة ، وحكى ابن كج وجهاً أنه لا يقبل قولهن ، إلا بعد مضي ستة أشهر ، والجمهور لم يشترطوه .

* الحواس خمسة *

السمع ، والبصر ، والشم ، والذوق ، واللمس ، وجعلها بعضهم ثمانية ، لأن اللمس عنده مدرك للقوى الأربع ، لكنها لما اجتمعت كلها في عضو واحد ظن أن الجميع قوة واحدة ، فتكون القوى (المدركة)[7] في الظاهر على هذا (ثمانياً)[8] ، (ومن)[9] المهم البحث عما يتعلق بها من الأحكام ، وقد تعرض

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (تثبت) .
(٢) في (د) (قبل) .
(٣) في (ب) (قال) .
(٤) في (د) (بعدة) .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٦) في الأصل يوجد بياض بعد كلمة (نقص) وقبل كلمة (الرابع) وهذا البياض أيضاً موجود في (د) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (المدرك) .
(٨) في (ب) (ثمانية) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

لجميع ذلك ابن عبد السلام ، وصاحبه ابن دقيق العيد . فأما اللسان فالمعاصي المتعلقة به ظاهرة (فاشية)[1] ، كالقذف (والغيبة)[2] والنميمة إلى غير ذلك ، ولا يعفى عن شيء منه ، إلا ما سبق به اللسان ، أو وقع على جهة السهو ، (والنسيان)[3] ، وهذا يرفع الإثم دون الضمان .

وأما (حاسة)[4] البصر فيتعلق بها الإثم ، إما بارتكاب المحظورات كالنظر إلى العورات والصور المشتهاة كالأجنبيات والمرد ، وأما باجتناب المأمورات ، كترك الحراسة الواجبة في سبيل الله ، وترك حراسة الأجير ما استؤجر على (حراسته)[5]، وترك ما وجب على الشهود النظر إليه لإثبات الحقوق وإسقاطها في الدعاوى والخصومات.

وأما حاسة اللمس ، فلعمومها للبدن تعلق بالوجه منها ما يتعلق بالحاسة إما في ترك الواجب ، كترك إمساس الجبهة الأرض في السجود ، وإما فعل المحظور كإمساس الوجه (المحرم)[6] ، لا سيما بالقبلة ، وأما فعل الممنوعات ، كلمس عورات الأجانب ولمس ما خرج من العورة كأبدان النساء الأجانب وغيرهم ممن يخاف الافتتان بمسه ، وكالملامسة بين الزوجين المُحْرِمَين بشهوة في حال الاحرام .

وأما اليدان فتعلّق الاثم بهما ظاهر ، أما ترك الواجب (فبترك)[7] كل بطش مأمور به كالقتال في سبيل الله والرجم والجلد في الحدود ، وما يجب من التعزيرات ، وكذلك ترك (كتابة)[8] ما يجب كتابته ، وترك كل ما لا يتأتى القيام بالواجب فيه ، إلا (باستعمالهما)[9] كالرمي في سبيل الله ، واما بارتكاب المحرم (كبسطهما)[10] لفعل المحرمات كالبطش والضرب والإعانة على فعل الغير

---

(١) في (د) (ناشية) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٣) في (د) (والنسان) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حاسية) .
(٥) في (د) (حراسة) .
(٦) في (د) (للمحرم) .
(٧) في (د) (فترك) .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٩) في (ب) و(د) (بساتعمالها) .
(١٠) في (د) (لبطشهما) .

(الحرام)[1] بالمناولة وغير ذلك .

وأما الرأس ، فيُمثَّل (ترك)[2] الواجب المتعلق به بترك غسله الواجب من الجنابة / والحيض ، وكالمسح في (الوضوء)[3] وترك الحلق والتقصير في الحج والعمرة.ويمثَّل فعل المحرم بترك ستره في الإحرام (وكالدهن)[4] ، ويدخل فيه ما يدخل في ممنوعات اللمس أيضاً ، لما (ذكرناه)[5] من عموم هذه (الحاسة)[6] (للبدن)[7] .

وأما الأرجل (فتعلق الاثم بها ظاهر)[8] ، اما في ترك الواجب فكترك المشي الى الجهاد المتعين وصلاة الجمعة وتشييع الجنازة (المتعينة)[9] ، (والطواف والسعي)[10] الواجبين ، وترك القيام في الصلاة ، (وكشفها)[11] في الاحرام وترك المشى عند الدعاء الى الشهادة حيث يتعين الاداء والمشي.وأما في (ارتكاب)[12] المحظورات فكالمشي الى كل محرم مقصودا ، (أو توسلا)[13] الى غير ذلك ، والمقصود التمثيل لا الحصر .

وأما الفم ، فقد ذكرنا أنه اللسان ، ويتعلق بحاسة الذوق ، فمنه ذوق

---

(١) في (ب) (للحرام) وساقطة من (د) .
(٢) في (د) (بترك) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الضوء) .
(٤) في (ب) و (د) (كالدهن) .
(٥) في (ب) (ذكرنا) .
(٦) في (ب) و (د) (الحاسية) .
(٧) في (ب) و (د) (لليدين) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (فيتعلق بهما الأثم ظاهرا) وفي (د) (فيتعلق الأثم بهما ظاهرا) .
(٩) في (د) (المعينة) .
(١٠) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (والسعي والطواف) .
(١١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وكسعيهما) .
(١٢) في (د) (ترك) .
(١٣) في (د) (وتوسلا) .

الحرام وترك ذوق ما يتوقف (ايصال)[1] الحق به عند التخاصم من الحاكم ، أو الشهود . وأما (الخياشيم)[2] فاثبات الخطايا فيها اغمض من اثباته في غيرها ، فيمثل الاثم بترك الواجب (كترك)[3] الشم الواجب على الحاكم أو (الشهود المأمورين)[4] بالشم لاجل الخصومات الواقعة في روائح المشموم حيث يقصد الرد بالعيب او يقصد (منع الرد)[5] اذا حدث عند المشتري ، ويمثل الاثم بارتكاب المحرم (بترك)[6] شم الطيب في حال الاحرام (وتحريم)[7] اشمام طيب النساء الأجنبيات ، (الذي يدعو)[8] الى المفسدة .

وأما شم ما لا يملكه الانسان ، كشم الامام الطيب الذي يختص بالمسلمين ، اذا لم يتصرف في (جرمه)[9] ، فان المنقول عن بعض الأكابر (وهو عمر)[10] بن عبد العزيز الامتناع منه ، ويعلل بأنه لاينتفع منه الا بريحه ، (وقد قيل)[11] انه لا بأس بذلك ، (بل رد)[12] ابن عبد السلام ، فقال ان في كونه ورعا نظر من جهة ان شمه لا يؤثر نقصا ولا (عيبا)[13] ، فيكون ادراك الشم له بمثابة النظر اليه ، بخلاف وضع اليد عليه .

ولو نظر انسان الى (مساكن)[14] الناس وغرفهم (ودورهم)[15] ، (لم)[16] يمنع من ذلك ، الا اذا خشي الافتتان بالنظر الى أموال الاغنياء ، وكذلك ، لو

---

(١) في (د) (أيضا) .

(٢) في (ب) (الخياشم) .

(٣) في (ب) (بترك) .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الشهود اذ المأمورين) .

(٥) في (د) (الترك) .

(٦) في (ب) و (د) (بتحريم) -

(٧) في (د) (ويحرم) .

(٨) هكذا في ()ب وفي الاصل و(د) (التي تدعو) .

(٩) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (حرمه) .

(١٠) في (د) (وهو عم عمر) .

(١١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل و(وقيل) .

(١٢) في (ب) و (د) (بل زاد) .

(١٣) في (د) (عينا) .

(١٤) في (د) (مساكين) .

(١٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ودوهم) .

(١٦) في (د) (لهم) .

(مس)[1] جدار انسان لم يمنع (من مسه)[2] ، ولو استند الى جداره جاز ، فان ذلك مأذون فيه بحكم العرف .

ولو منعه من الاستناد الى (جداره)[3] ، فقد اختلف (فيه)[4] اذا كان الاستناد لا يؤثر في الجدار البتة . ولا ينبغي أن يطرد ذلك في شم ريح المتطيب اذا جالس متطيبا ، وقال الشيخ (تقي الدين)[5] بن دقيق العيد : أما النظر في كونه ورَعا فيما فعله ذلك (الكثير)[6] ، واستبعاد كونه ورعا (فيبعد)[7] عندي ، وليس كما استبعد كونه ورعا من أكل طعام حلال حمله ظالم ، ولا سيما الطعام المندوب اليه كطعام الولائم ، فان ذلك اقرب الى الاستبعاد من حديث الطيب .

فائدة :

داخل الفم والانف في حكم الظاهر في بعض الاحكام وهو وجوب غسله اذا (تنجس)[8] ، وأنه ، لو ابتلع منه نخامة أو خرج اليه القيء بطل صومه .

ولو وضع فيه شيئا لا يبطل وفي حكم الباطن من حيث إنه لا يجب غسله في غسل الجنابة .

ولو ابتلع (منه)[9] الريق لا يبطل صومه .

---

(١) في (د) (سن) .
(٢) في (د) (من منبه) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (حدار) . ز
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .
(٦) في (ب) و (د) (الكبير) .
(٧) في (د) (فيبعيد) .
(٨) في (ب) و (د) (نجس) .
(٩) هكذا في (ب) و (د) (وفي الأصل فيه) .

* الحيلولة بين المستحق وحقه ضربان *

قولية وفعلية :

فالفعلية توجب الضمان قطعا ، كالغصب ، وفي القولية قولان أصحهما : نعم ، كما لو قال هذه الدار لزيد ، بل لعمرو (فانا نحكم)[١] بكونها لزيد ويغرم لعمرو قيمتها في الاصح ، وكما لو ادعى على شخص وقفية ملك له (وأخبر)[٢] أنه اشتراه منه ، فأقر (بالوقف)[٣] ، هل يحلف للآخر؟ قولان أصحهما : نعم ، رجاء أن يقر فيلزمه الغرم وهما مطردان في سائر الصور [٤] من الاقارير وغيرها ، الا في الشهود الراجعين في الطلاق البائن والعتق فيغرمون قطعا ، لأنه (لا مستدرك)[٥] له قاله الامام ، والصحيح من القولين التغريم الا في صورة واحدة وهي ما لو ادعى اثنان على واحد أنك (رهنتنا)[٦] هذا العبد بمائة و(أقبضته)[٧] فصدق أحدهما ، فالرهن للمصدق وليس (للمكذب)[٨] تحليفه في الاصح ، ولا يغرم (له)[٩] شيئا ، لأن غايته أنه حال بينه وبين الوثيقة (ومرجع)[١٠] الدين الى الذمة. فحصل أن الفعلية تضمن قطعا ، وكذا القولية ان كانت مما لا يستدرك وان أمكن تداركه بالتصادق (فالقولان)[١١] أصحهما الغرم ، الا في صورة الرهن ، (فاذا رجع الشاهدان بعد الحكم بطلاق أو (عتاق)[١٢]

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (فانها يحكم) .
(٢) في (د) (فاخبر) .
(٣) في (د) (للوقف) .
(٤) في (د) (الصوم) .
(٥) في (د) (لا يستدرك) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (رهنتني) .
(٧) في (ب) (وأقبضتنيه) .
(٨) في (د) (للكذب) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ويرجع) .
(١١) في (د) (والقولان) .
(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصلا و(د) (عتق) .

ضمنا)[1] اذ لا تدارك بالتصادق والاتفاق ، وكل من حال بين رجل وبُضعه غرم مهر المثل ، كالرضاع والشهود الراجعين ، الا في الهدنة فإنا لا نرد (المسلمة)[2] ونغرم المسمى .

واعلم أن (الامام)[3] الشافعي (رضى الله عنه)[4] نص (على)[5] أن من أفسد على الزوج النكاح بالرضاع ، يلزمه نصف (مهر)[6] (مثلها)[7] ، ونص في شهود الطلاق ، اذا رجعوا عن الشهادة قبل الدخول بلزوم (غـرم)[8] جميع المهر فقيل قولان (بناء)[9] أو تخريجا .

وحاصل الخلاف أن الشهود والمرضعة ، هل تغرم قدر ما غرم الزوج أو قيمة مافات ، فيه قولان ، والصحيح تقرير النصين ، والفرق أن شهود الطلاق حالوا بينه وبين زوجته ولم يقطعوا بنكاحه ، لجواز أن يكونوا كاذبين في الرجوع ، وأما المرأة التي أفسدت نكاح الرجل بالرضاع ، فقد قطعت العصمة وقطع العصمة قبل الدخول يوجب نصف المهر ، بخلاف الحيلولة في الشهادة ، وكل من حال بـين الانسان وبين ملكه لزمه قيمة ما حال بينه وبينه ، وقد يخطر بالبال ان الفرق على العكس أولى ، فان قطع النكاح أقوى من الحيلولة ، فاذا وجب في الحيلولة جميع المهر ، (فلأن)[10] يجب في قطع النكاح بالرضاع أولى ، لكن يجاب عنه ، بأن قطع النكاح قد ثبت له في عرف الشرع الحكم بنصف المهر في الغرم قبل الدخول ،

(١) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (فاذا) وينتهي (بكلمة ضمنا) . مكرر في (د) .
(٢) في (د) (المسيلة) .
(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .
(٤) هكذا في الاصل و(د) وفي (ب) (رحمه الله) .
(٥) في (ب) و (د) (في) .
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (مهرها) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٨) في (د) (عدم) .
(٩) في (ب) (نقلا) .
(١٠) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (فالآن) .

بخلاف مسألة الشهود على الطلاق قبل الدخول ، فانهم لم يقطعوا النكاح ، لجواز كذبهم في الشهادة بالرجوع ، والثابت في قواعد الشرع أن من حال بين شخص وبين ملكه لزمه جميع القيمة ، كمن غصب عبدا ، فأبق فانه يؤخذ منه القيمة للحيلولة ، فاذا عاد العبد رد المالك القيمة واسترجع العبد .

ولك أن تقسم مسائل الحيلولة الى أربعة أقسام :

(أحدها)[1] :

ما يغرم (الحائل)[2] قطعا وعكسه ، وما يغرم فيه على الأصح وعكسه .

فالاول كالحيلولة الفعلية في الاموال ومنه اذا ادعى عينا غائبة عن البلد وسمع القاضي البينة ، وكتب بها الى قاضي بلد (العين)[3] ليسلمها للمدعي بكفيل لتشهد البينة على عينها ، وفي هذا حيلولة بين الرجل وماله قبل اقامة البينة ، قال الفوراني:ويؤخذ من الطالب القيمة للحيلولة ، وهو قضية كلام الماوردي أيضا .

(والثاني) :

كالحيلولة الفعلية في القصاص ، كما اذا حال بين من عليه القصاص ومستحق الدم .

(الثالث) :

كغالب احوال الحيلولة القولية على ما سبق .

(الرابع) :

كما اذا قطع صحيح الانملة الوسطى (من)[4] لاعليا له ، فهل له طلب

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في الأصل و(ب) و (د) والكلام صحيح بدونها .

(٢) في (د) وصلب النسخة (ب) (المحيل وفي هامش (ب) صوابه (الحائل) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (الغير) .

(٤) في (د) (ومن .

الارش للحيلولة (وجهان)[1] ، قال الرافعي وقد يعفو عن الجاني ، فان أخذ المال هل يكون عفوا عن القصاص ، واذا سقطت العليا ، هل يرده ويقتص ، حكى المتولى وجهين وبناهما على ما لو أخذ القيمة عند انقطاع المثل ، ثم قدر عليه والأصح أنه لا يرد القيمة ويطالب بالمثل ، وقال الرافعي ان الامام شبه الوجهين بالوجهين في هذه الصورة وبالوجهين في أن من أخذ أرش العيب القديم لامتناع الرد بالعيب الحادث ثم زال العيب الحادث ، (فهل)[2] له أن يرد المبيع (والأرش)[3] ويسترد الثمن .

ولو ثبت القصاص على حامل ، وأخرنا الاستيفاء للوضع وطلب المستحق المال للتأخير ففي اعطائه من غير عفو وجهان ، قال الرافعي والظاهر عند الائمة انه ليس له أخذ المال ، اذا لم يعفُ ، وقالوا ان أخذه الدية عفو عن القصاص . ومنه لو وجد المسلِم المسلَم اليه في غير محل التسليم لم يلزمه الأداء ان كان لنقله مؤونة ، ولا يطالبه بقيمته للحيلولة على الصحيح .

ولو أحبل الأب جارية الابن امتنع بيعها على الابن ، لانها حامل بحُرٍّ، وفي وجه على الاب قيمتها في الحال ، ثم يسترد عند الوضع ، والاصح لا، لاستمرار يد الولد عليها وانتفاعه بالاستخدام وغيره .

ولو قال لفلان علي ألف ثمن عبد وصدقه سلم العبد اليه وقبض منه الثمن وان كذبه حلف المالك وبرىء ، فان نكل حلف المدعي وحكم له بالعبد ، وأخذ منه الألف ، وهل يملكها السيد؟ وجهان احدهما : (نعم)[4] (كحكم)[5] الحاكم الثاني يكون كالمحتال على حقه أي كالحيلولة كذا قاله الدارمي في الاستذكار .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٢) في (ب) (هل) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٥) في (د) (الحكم) .

* الحيل *

قال القاضي ابو الطيب في اواخر الصداق من تعليقه:الحيل جائزة في الجملة قال (الله)[1] تعالى في قصة ابراهيم (مَن فعل هذا بآلهتنا انه لمن الظالمين)[2] ، (قال بل فعله كبيرهم هذا)[3](وخلص)[4] به (نفسه)[5]، واحتال لصدقه وقوله (تعالى)[6] في قصة أيوب (وخُذْ بيدكَ ضِغثاً فاضربْ به ولا تحنَث)[7] .

ومن السنة ما رواه سويد بن حنظلة ، قال:خرجنا ومعنا (وائل بن حجر)[8] نريد النبي صلى الله عليه وسلم فأخذه أعداء له فحَرِج القوم أن يحلفوا وحلفت أنه أخي فخلّي عنه العدو فذكرت ذلك للنبي (صلى الله عليه وسلم)[9] ، فقال(صدقت المسلم [10] أخو المسلم)[11] فأجاز النبي صلى الله عليه وسلم فعله .

---

(١) لفظ الجلالة لم يذكر في (ب) و (د) .

(٢) سورة الانبياء الآية رقم ٥٩ .

(٣) سورة الانبياء الآية رقم ٦٣ .

(٤) في (د) وصلب النسخة (ب) (وخلصه) وفي هامش (ب) (وخلص) .

(٥) في (د) (بصفة) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في (ب) وفي الأصل (صلى الله عليه وسلم) .

(٧) سورة ص الآية رقم ٤٤ .

(٨) هو وائل بن حجر الحضرمي القحطاني بو هنيدة من أقيال حضرموت وكان أبوه من ملوكهم وفد على النبي صلى الله عليه وسلم فرحب به وبسط له رداءه ـ فأجلسه عليه وقال اللهم بارك في وائل وولده شارك في الفتوحات الاسلامية وقد ذكره ابن سعيد فيمن نزل الكوفة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر طبقات ابن سعد جـ٦ ص٢٦ ـ ٢٧ ، وأسد الغابة جـ٥ ص٨١ ـ والبداية والنهاية جـ٥ ص٧٩ ـ اللباب جـ١ ص٣٠٣ .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (صلى الله) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(١١) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما ونص ما جاء في البخاري بشرحه فتح الباري جـ٥ ص٧٣ ـ ٧٤ ما يلي (أن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أخبره) والضمير في أخبره يعود على ما تقدم من السند (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال المسلم أخو المسلم لا يظلمه ولا يسلمه ومن كان في حاجة أخيه كان الله في حاجته ومن فرج عن مسلم كربة فريج الله عنه كربة من كربات يوم القيامة ومن ستر مسلما ستره الله يوم القيامة ، وأيضا انظر سنن الترمذي جـ٨ ص١١٤ ـ ١١٥ .

قلت واحتج غيره (بحديث بلال في شراء التمر)[1] لقوله صلى الله عليه وسلم (بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيباً)[2] ، ولم يفصل بين أن يكون (الشرى)[3] من ذلك المشتري أو غيره ولا بين أن يقع العقد بذلك الثمن الذي في ذمته أو بغيره ، وترك الاستفصال في مثل ذلك يقتضي العموم ، والا يلزم منه تأخير البيان عن وقت الحاجة .

وقال الحاكم[4] في مستدركه بعد أن اخرج حديث عائشة (رضي الله

---

(١) حديث بلال في شراء التمر أخرجه مسلم في صحيحه بشرح النووي جـ١١ ص٢٢ وجاء فيه أن بلالا جاء بتمر برنى فقال له رسول الله صلى الله عليه وسلم من أين هذا فقال بلال تمر كان عندنا رديء فبعت منه صاعين لمطعم النبي صلى الله عليه وسلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم عند ذلك أوه عين الربا لا تفعل ولكن اذا أردت أن تشتري التمر فبعه ببيع آخر ثم اشتر به . وبلال هو بلال بن رباح مولى ابي بكر الصديق رضي الله عنهما وكنيته أبو عبد الله وكان من مولدي السراة أسلم وعذب حتى يرجع عن الاسلام إلا أنه صبر الى أن افتداه أبو بكر الصديق رضي الله عنه وأعتقه وكان مؤذن الرسول صلى الله عليه وسلم توفي بلال بدمشق سنة عشرين من الهجرة عن بضع وستين سنة ودفن عند الباب الصغير في مقبرة دمشق ذكره ابن سعد في طبقاته في الطبقة الاولى من البدريين المهاجرين ـ انظر طبقات ابن سعد جـ٣ ص٢٣٢ ـ ٢٣٩ دار بيروت للطباعة .

(٢) قوله صلى الله عليه وسلم (بع الجمع بالدراهم ثم اشتر بالدراهم جنيبا) جاء في رواية أخرجها البخاري ومسلم عن أبي سعيد الخدري وأبي هريرة ففي صحيح البخاري فتح الباري جـ٤ ص٣١٧ ـ ٣١٨ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري وعن أبي هريرة رضي الله عنهما أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استعمل رجلا على خيبر فجاءه بتمر جنيب فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم أكل تمر خيبر هكذا قال لا والله يا رسول الله إنا لنأخذ الصاع من هذا بالصاعين والصاعين بالثلاثة فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا تفعل (بع الجمع بالدراهم ثم ابتع بالدراهم جنيبا) . وأيضا أنظر ما جاء في جـ١٣ من فتح الباري ص٢٧٠ ـ ٢٧١ وانظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ١١ ص٢١ وأيضا أنظر نيل الأوطار للشوكاني جـ٥ ص٢٠٧ .

(٣) في (ب) و (د) (المشترى) .

(٤) هو أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الضبي النيسابوري الحاكم ويعرف أيضا بابن البيع بكسر الياء المشددة ـ ولد سنة احدى وعشرين وثلثمائة هـ من تصانيفه المستدرك على الصحيحين وفضائل الشافعي وتاريخ نيسابور وغيرها توفي رحمه الله في ثامن صفر سنة خمس وأربعمائة انظر تاريخ بغداد جـ٥ ص٤٣٣ طبقات ابن السبكي جـ٤ ص ١٥٥ ـ شذرات الذهب جـ٣ ص١٧٦ ـ طبقات ابن هداية الله ص٤١ ـ النجوم الزاهرة جـ٤ ص٢٣٨ ـ الانساب ص٩٩ .

عنها)[1] (اذا احدث أحدكم فليأخذ على أنفه ولينصرف فليتوضأ)[2] (هو)[3] حديث صحيح على شرط الشيخين (سمعت)[4] (الدار قطني [5] يقول (سمعت)[6] أبا بكر الشافعي الصيرفي يقول كل من أفتى من أئمة المسلمين في الحيل انما أخذه من (هذا الحديث)[7] ثم قال القاضي : وانما يجوز من الحيل ما كان مباحا يتوصل به الى مباح فأما [8] فعل (المحظور ليصل به [9] الى المباح ، فلا يجوز وقد أجاز الحنفية الحيلة المحظورة ليصل بها الى المباح ، (وقد روى)[10] ابن المبارك عن أبي حنيفة (رضى الله عنه)[11] أن أمرأة شكت اليه زوجها ، وأنه قال لها [12] ارتدي ليفسخ [13] النكاح ، وحكى أنه قال لرجل قَبِّل أم امرأتك

---

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هذا الحديث أخرجه ابو داود وابن ماجه والحاكم عن عائشة ولفظه في سنن أبي داود هو عن عائشة قالت قال النبي صلى الله عليه وسلم (اذا أحدث أحدكم في صلاته فليأخذ على أنفه ثم لينصرف) انظر سنن أبي داود بشرحه المنهل العذب المورود جـ٦ ص٢٨١ وسنن ابن ماجه جـ١ ص٣٨٦ والمستدرك جـ١ ص١٨٤ حيث ذكر له الحاكم طريقين عن عائشة .

(٣) في (ب) و (وهو) (وساقطة من الأصل وفي (د) (هو) .

(٤) في (ب) و (د) (وسمعت) .

(٥) هو علي بن عمر بن احمد البغدادي وكنيته ابو الحسن ويعرف بالدار قطني بفتح الراء وضم القاف نسبة الى دار القطن وهي محلة كبيرة ببغداد كان اماما جليلا وكان فريد عصره في علوم الحديث عارفا بمذهب الفقهاء عالما بعلوم أخرى توفي رحمه الله يوم الخميس الثامن من ذي القعدة وقيل الثاني منه سنة خمس وثمانين وثلثمائة عن تسع وسبعين سنة انظر طبقات ابن السبكي جـ٣ عن٤٦٢ ـ النجوم الزاهرة جـ٤ ص١٧٢ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٧) أي حديث عائشة المتقدم وقد ذكر له الحاكم في المستدرك طريقين عن عائشة وقال بعد الثانية منهما سمعت على بن عمر الدار قطني الحافظ يقول سمعت أبا بكر الشافعي الصيرفي يقول كل من افتى من أئمة المسلمين من الحيل انما أخذه من هذا الحديث ـ انظر المستدرك جـ١ ص١٨٤ .

(٨) في (ب) (وأما) .

(٩) في (د) (المحظورات صل به) .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (وروى) .

(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(١٣) في (ب) (لينفسخ) .

بشهوة فان نكاح زوجتك ينفسخ.والدليل (على)[1] (ان)[2] مثل هذا لا يجوز أن الله تعالى عاقب من احتال بحيلة محظورة فقال (تعالى)[3] (وأسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر)[4] وكان الله تعالى [5] حرم عليهم صيد السمك يوم السبت ، وكان السمك لا يدخل موضع (يصطادونه)[6] فيه ، الا يوم السبت فاحتالوا بأن وضعوا الشباك يوم الجمعة فدخل السمك يوم السبت وأخذوه يوم الاحد فمسخهم الله تعالى قردة .

وقال النبي صلى الله عليه وسلم (لعن الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها وأكلوا اثمانها)[7] (ولما نظر)[8] محمد بن الحسن الى هذا قال لا ينبغي ان يتوصل الى المباح بالمعاصي ، ثم ناقض في المشهود له بنكاح امرأة يعلم أنها غير زوجته (فقال)[9] (انها تحل)[10] له (وكذلك)[11] قال القفال الشاشي في محاسن الشريعة (يحرم)[12] معالجة الخمر بما يصير به خلا ، لما فيه من التسبب الى المحرم

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٤) سورة الأعراف الآية رقم ١٦٣ .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) في (د) (يصطادوه) .

(٧) هذا الحديث أخرجه البخاري في صحيحه ففي صحيح البخاري فتح الباري جـ٤ ص٣٢٨ ص٣٢٩ لأ جاء ما يلي عن طاووس انه سمع ابن عباس رضي الله عنهما يقول بلغ عمر أن رجلا باع خمرا ، فقال قاتل الله فلانا ألم يعلم أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فجملوها فباعوها) وأيضا في جـ٤ ص٣٢٩ عن ابي هريرة رضي الله عنه أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (قاتل الله اليهود حرمت عليهم الشحوم فباعوها وأكلوا أثمانها) .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ونظر) .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل و(د) .

(١٠) في (د) (أنها لا تحل) .

(١١) في (ب) (وكذا) .

(١٢) هكذا في (ب) وفي (ب) (تحرم) وفي الأصل (تحريم) .

بالعلاج والاحتيال فهو كما حكاه[1] الله تعالى[2] عن أصحاب السبت[3] .

قال القاضي فأما الحيلة في الايمان فضربان .

حيلة تمنع الحنث وحيلة تمنع الانعقاد :

فالتي تمنع الحنث ضربان :

(أحدهما) :

الخلع في النكاح وازالة الملك في الرقيق ، فاذا قال لها ان دخلت الدار فأنت طالق (ثلاثا)[4] ، فالحيلة في دخولها ان يخالعها فتبين ، ثم تدخل الدار فتنحل اليمين ، ويعقد النكاح عليها .

واذا قال (لعبده)[5] ان دخلتَ الدار فأنت حر فالحيلة أن يبيعه ثم يدخل الدار فتنحل اليمين ، ثم يشتريه. والحيلة العامة أسهل (في)[6] هذه وهو أن يقول لزوجته:كلما وقع عليك طلاقي فأنت طالق قبله ثلاثا (فان)[7] دخلت (الدار)[8] لم تطلق وفي (الرق)[9] (يقول)[10] لعبده:كلما وقع عليكَ عتقي (فأنت حر قبله)[11] فيدخل الدار ولا يعتق .

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (حكى) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل .
(٣) ما حكاه الله تعالى عن أصحاب السبت مذكور في سورة البقرة الآية رقم ٦٥ وهي قوله تعالى (ولقد علمتم الذين اعتدوا منكم في السبت) . . . الآية وأيضا في سورة الأعراف في قوله تعالى (وأسألهم عن القرية التي كانت حاضرة البحر . . . .) الآية رقم ١٦٣ .
(٤) في (ب) (ثلثا) .
(٥) في (ب) و (د) (لعبد) .
(٦) في (ب) و (د) (من) .
(٧) في (ب) و (د) (فمتى) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .
(٩) في (ب) (الرقيق) .
(١٠) في (ب) (أن يقول) .
(١١) في (ب) و (د) (فانت قبله حر) .

قلت أما مسألة الخلع فقد ذكرها الاصحاب وأخذوه من أنه ، لو وقع لكان تعليقا قبل الملك وفيه نظر ، لانها تعود بما بقى من عدد الطلاق (فالطلاق)[١] لو قيل بوقوعه فهو المملوك الذي كان في النكاح الاول تعليقا قبل الملك ، فالقول بعدم عود الصفة فيه نظر ، لأن التعليق والصفة كلاهما حال الملك وانما تخلل بينهما فلينظر الى أنها هل (تمنع)[٢] الوقوع أم لا .

قال القاضي : وأما الحيلة المانعة لانعقاد اليمين ، فكمن حلف كان يمينه على نيته دون ما يُظن به ، الا اذا حلّفه الحاكم.هذا ، اذا كان (فيما)[٣] هو حق عندهما،فأما ما هو حق عند الحاكم ظلم عند الحالف كالحنفي يعتقد شفعة الجوار والحالف لا يعتقدها يحلف (لا يستحق)[٤] علي الشفعة ، وينوي على قول نفسه فإنه يكون بارا في يمينه.قال : وعلى هذا كل الأيمان عند الحاكم • ومن الناس من قال (ان)[٥] النية (فيه)[٦] (نية)[٧] المستحلف أبدا ، وهذا غلط . وأما من حلف لنفسه فالنية نيته أبدا ، فاذا نوى غير ما نطق به ، وكان (سائغا)[٨] بَرّ في يمينه،فكل من حلف على فعل كان قد فعله أنه ما فعله ونوى أنه ما فعله على ظهر الكعبة كان بارّاً في يمينه ، وكذا غير هذا مما له اسم في اللغة ، فقال ان دخلت الدار فنسائي طوالق ، ونوى (نساءً لا امرأته)[٩] ، أو قال كل جارية لي حرة ونوى بذلك السفن صح (فلو)[١٠] قال لها ان تزوجت عليك فأنت طالق ونوى بعليك

(١) في (ب) و(الطلاق)
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يمتنع) .
(٣) لفظ (فيما) ذكر في هامش (ب) وسقط من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٤) في (د) (المستحق) .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٧) هذة الكلمة ساقطة من (د) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (شائعا) وفي (د) (سابقا) .
(٩) في (ب) (نساء القرابة) ويمكن أن تكون العبارة بتمامها أخذا من النسخ (نساء القرابة لا امرأته) .
(١٠) في (ب) و (د) (ولو) .

على ظهرك أو على رقبتك لم يحنث ، فان حلف بالطلاق بالله يعلم ما فعل شيئا ، وجعل ما بمعنى الذي لا النافية صح. (ولو)[١] قالت له زوجته طلقتَ فلانة ثلاثا ، فقال نعم ونوى بنَعَم إبلَ بني فلان لم تطلق ، وكذا لو قال نعام يعني نَعام البر صح ، واذا حلف ما كاتبت فلانا ولا عرفته ولاشفعت له ولا سألته حاجة قط ، ونوى بالكتابة كتابة العبيد وما جعلته عريفا ، (وما شفعت شفعته)[٢] وما (سألته)[٣] حاجة يعني (شجرة)[٤] صغيرة في البئر يقال لها الحاجة لم يحنث. هذا آخر كلام القاضي أبي الطيب .

وقال الروياني في التلخيص: الحيلة في ابطال شفعة الجوار مباحة قبل العقد وبعده ، لانها حيلة في ابطال ما ليس بواجب .

وأما الحيلة في ابطال الشفعة بالمشاركة ، فان كان بعد وجوبها لا يحل له ، (وان)[٥] كان قبل (وجوبها)[٦] ، قال ابن سريج يكره ذلك ، فان فعل ذلك صح ، وقال أبو بكر الصيرفي (يباح)[٧] ، وقال البندنيجي في المعتمد تجوز الحيلة في اسقاط الشفعة ، وقال آخر : لا تجوز ، لانها شرعت لدفع (الضرر)[٨] ، والحيلة تمنع دفع (الضرر)[٩] ، قلنا انما يجب زوال الضرر عن الشفيع بالأخذ بالشفعة عند وجودها (بكمالها)[١٠] ، (فأما)[١١] اذا لم توجد[١٢] ، فلا يقال ان

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) و (د) (وما شققت شقته) .

(٣) في (ب) (سأله) .

(٤) في (ب) و (د) (سخرة) .

(٥) في (ب) (فان) .

(٦) في (د) (دخولها) .

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (مباح) .

(٨) هكذا في الأصل و(د) وهامش (ب) وفي صلب النسخة (ب) (الضرورة) .

(٩) في (ب) (الضرورة) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(١١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يؤخذ) .

في ذلك منعا لزوال الضرر عن المشتري

حيلة في البراءة عن المجهول : طريقة أن يذكر غاية يتيقن أنه لا يزيد عليها ، وقد أشار الشافعي (رضي الله عنه)[1] في البويطي إلى ذلك ، فقال[2] ، ولو أن رجلا حلل رجلا من كل شيء وجب له عليه لم يبرأ[3] ، حتى يبين[4] فإن لم[5] يعرف قدزه حلله من كذا إلى كذا انتهى .

ليس (لأبي الزوجة العفو)[6] عن الصداق ، فان أراده فطريقه في إبراء الزوج من الصداق أن تخالع زوجها (على الصداق)[7] في ذمة الأب (فيصير للزوج)[8] في ذمة الأب ألف مثلا ولها في ذمة الزوج ألف فيحيل (الزوج)[9] بنته عليه فيسقط من ذمة الزوج ويبقى في ذمة الأب ، ولا يتخلص بالضمان إذ لا (أصيل)[10] ها هنا .

حيلة تسقط الاستبراء على المذهب : وهي أن يستبرىء البائع قبل (البيع)[11] ثم يعتقها المشتري بعد الشراء ، فيجوز له (تزويجها)[12] ، كما يجوز لغيره ، وتجيء صورة على وجه وهي أن (يشتريها)[13] ثم يزوجها لغيره فيطلقها الزوج في الحال قبل الدخول فتحل للسيد على وجه ، قال به أبو يوسف ، ويقال

(١) هذه الجملة الدعائية ؟كرت في (د) .
(٢) في (د) (وقال) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يتبرأ) .
(٤) في (د) (يتبين) .
(٥) في (د) (فان المستبري لم) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل (للأب العفو) .
(٧) في هامش (ب) زيادة كلمة (نظير) فتكون العبارة (على نظير الصداق) .
(٨) في (د) (فيه مقر للزوجة) .
(٩) هكذا في هامش (ب) (الزوج) وفي صلبها والأصل و(د) (الأب) .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أصل) .
(١١) في (ب) (المبيع) .
(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تزويجها) .
(١٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ستريها) .

انه علمه (للرشيد)[1] في أمة أراد وطئها .

قال إبن العربي كنت في مجلس فخر الاسلام الشاشي فسأله رجل أنه حلف لا يلبس هذا الثوب وقد احتاج للبسه ، فقال (سل منه خيطا فسل منه)[2] قدر الاصبع أو الشبر ، ثم قال البس لا شيء عليك وأيده إبن الصلاح بظاهر قوله تعالى (وخذ بيدك ضغثا فاضرب به ولا تحنث)[3] ، لأنه دليل على اعتبار اللفظ لا المعنى المفهوم في العرف .

(حلف)[4] لا بِعْت هذا الثوب لزيد فباعه النصف ، ووهبه النصف لم يحنث (لأن اليمين وقعتْ على بيع الجميع ، فلم يحنث)[5] ببعضه .

حلف (ليشترين)[6] جارية فاشترى سفينة (بَرّ)[7] ، حكاه الخطيب البغدادي عن (الامام)[8] الشافعي (رضى الله عنه)[9] .

رجل له دين على آخر فقال ان لم آخذه منك اليوم ، فامرأتي طالق ، وقال صاحبه ان (اعطيته [10] (اليوم)[11] ، فامرأتي طالق ، فالطريق أن (يأخذه)[12]

(١) هو هارون الرشيد بن محمد المهدي بن المنصور أبو جعفر خامس خلفاء الدولة العباسية في العراق وأشهرهم ولد بالري سنة تسع وأربعين ومائة من الهجرة ونشأ في دار الخلافة ببغداد ، وتولى الخلافة بعد وفاة أخيه الهادي سنة سبعين ومائة من الهجرة وكان شجاعاً يحج سنة ويغزو سنة وقد ازدهرت الدولة في أيامه ـ توفي بسناباذ من قرى طوس سنة ثلاث وتسعين وائة ترجمته في كتب كثيرة نذكر منها تاريخ بغداد جـ ١٤ ص ٥ ـ البداية والنهاية جـ ١٠ ص ٢١٣ .

(٢) في (د) (شد فيه خيطاً فشد فيه) .

(٣) سورة ص الآية رقم ٤٤ .

(٤) في (د) (حلفه) .

(٥) ما بين القوسين مكرر في (د) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ليشتري) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٩) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .

(١٠) في (ب) (أعطيتك) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) يأخذ .

منه صاحب الحق جبرا ، ولا يحنثان ، قاله صاحب الكافي .

الحيلة فيما (اذا)[1] ادعى (أداء)[2] عليه وأراد دعوى الابراء (بحيث لا يلزمه)[3] أن يقول،هذا المدعي قد أقر بأنه أبرأني،كذا قاله القفال في فتاويه أنه لا يكون ذلك اقرارا منه ، بخلاف دعوى الابراء والاستيفاء .

الحيلة في أنه ، لا يرد عليه المبيع بالعيب ، إذا جاء إليه أن يقول أعرضه على أهل الخبرة ، فان قالوا لا يساوي هذا الثمن فرده فعرضه عليهم ، ورجع وأراد الرد قال القفال ، ليس له الرد ، لأنه قصر في الرد (بلا شك)[4] .

قلت ، ولا شك في التحريم عليه ، لابطال حقه .

(لو)[5] صالح على (أنه)[6] يسقى دوابه الماء من بئره لا يجوز ، (قال)[7] القاضي الحسين والحيلة فيه أن يبيع سهما من القناة ، ثم الماء (يستتبع)[8] القناة .

ولو باع المرعى لا يجوز ، والحيلة فيه أن يبيع الكلأ بدينار ثم يأذن له في رعي الماشية (في المرعى)[9] ، (قال)[10] المتولي في باب الصلح ، إذا ملك أرضا لها حشيش فصالح من ذلك الحشيش على مال لترعى فيه المواشي لا يصح ، إلا بشرط القطع أو القلع ، وان أراد أن يبيع الحشيش رطبا ، لتأكله المواشي . فطريقه أن

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٣) في (د) (يحنث ولا يلزمه) .
(٤) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) و(د) .
(٥) في (د) (ولو) .
(٦) في (ب) و(د) (أن) .
(٧) في (ب) (وقال) .
(٨) في هامش (ب) (يتبع) .
(٩) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .
(١٠) في (ب) و(د) (وقال) .

يشتري بشرط القطع ، ثم يستأجر الأرض حتى تكون العروق مملوكة له فما يحدث من الزيادة (يكون ملكا له وأما إذا اشترى لا بشرط القطع فما يحدث من الزيادة)[1] يكون للبائع ، (فاذا)[2] لم يقطع وحدثت زيادة تكون مسألة اختلاط المبيع بغيره .

إذا (شهدا)[3] عند قاض أنك حكمت بكذا (ولم)[4] يتذكر لم يعتمدها ، والطريق أن (يجدد)[5] المدعي الدعوى ، ويشهدان له بالحق .

لو قامت بينة عل النسب حسية ، وقلنا بالأصح أنها تقبل (أثبت القاضي النسب وأسجل له [6] ، فان لم يقبل)[7] ، فالطريق أن ينظر القاضي من يدعي على فاطمة بنت محمد فتنكر هي فيقيم المدعي بينة على الاسم والنسب ، وتجوز هذه الحيلة للحاجة .

وقيل لا تجوز ، لأن الدعوى الباطلة لا يجوز للقاضي أن يأمر بها . حلف لا يأكل بيضا ثم حلف على أكل ما في كم زيد وكان فيه بيض ، فطريق البراءة أن يجعله في الحلوى ، ويأكلها ويقال ان القفال سئل (عنها)[8] وهو فوق المنبر فتوقف فأجاب المسعودي بهذا ، فمِن ثَمّ قيل بُقفل (على)[9] القفال وسَعِد بها المسعودي .

يجوز الاشتراك في الأضحية ولو أراد بعضهم اللحم وبعضهم القربة جاز

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب) .
(٢) في (ب) (وإذا) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (شهد) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (أولم) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يجرد) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٧) الكلام المشار إليه في القوسين والذي بعد كلمة (تقبل) وقبل كلمة (فالطريق) ساقط من (د)
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

ولو كان بعضهم من أهل الذمة وبعضهم مسلم ، ونوى التضحية بحصته جاز وطريق قسمة اللحم ان جعلناها بيعا أن (يعينوا)[1] اللحم أجزاء ، ويعينوا باسم كل واحد (منها)[2] جزءا ثم يبيع صاحب كل جزء نصيبه من سائر الأجزاء بالدراهم ويشتري ما لأصحابه من ذلك الجزء بالدراهم ويتقاصوا .

قال الماوردي ، إذا أردت الحيلة في قسم (الفاكهة)[3] الرطبة ، وقلنا القسمة بيع ، فانك تجعلها جزأين ، ويبتاع أحد الشريكين من الآخر نصف (الجزء)[4] الذي اختاره بدينار (ويبيع)[5] على شريكه نصف (الجزء) الآخر ويتقاصان الدينار بالدينار ، ويستقر (ملك)[6] كل واحد منهما على حصته .

إذا صرف منه (دينارا)[7] بعشرين ومعه عشرة ، فالحيلة فيه أن يستقرضه من مال (آخر)[8] ، فلو استقرضه (مما)[9] أخذ منه ان كان قبل التخاير لا يجوز ، (لأن)[10] التصرف فيه قبل إنبرام العقد بينهما باطل وان كان ذلك بعد التخاير يجوز إن قلنا أن التخاير لا يجعل بمنزلة التفرق ، والا فلا يجوز ، قاله القاضي الحسين وغيره .

حيلة في نكاح المحلل أن يشتري عبدا صغيرا ويزوجها منه (برضاها)[11] (ثم

---

(١) في (د) (يقتنوا) .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (منهما) .
(٣) في (ب) الفواكه) .
(٤) في (د) (الحيز) .
(٥) في (د) (ويتبع) .
(٦) في (د) (الحيز) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) (وساقطة من الأصل) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (دينار) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل (ما) وفي و(د) (ثم) .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ولأن) .
(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (برضاة) .

يستدخل)[1] حشفته ثم يبيع العبد منها (بينفسخ)[2] النكاح ، ويحصل التحليل قالوا وهذا من لطائف الحيل ، لأنه يخشى من الزوج أن لا يطلق ، وأن يحصل بوطئه العلوق وهذه حيلة في عدم التوقف على الطلاق وعدم العلوق .

* الحياة المستقرة والمستمرة وعيش المذبوح *

اعلم أن هذه الثلاثة تقع في عباراتهم ويحتاج الى الفرق (بينها)[3] . فأما المستمرة فهي الباقية إلى انقضاء الأجل اما بموت أو قتل خلافا للمعتزلة في الثاني .

والحياة المستقرة هي أن تكون الروح في الجسد (ومعها)[4] الحركة الاختيارية دون (الاضطرارية)[5] كالشاة ، إذا أخرج الذئب حشوتها وأبانها (حركتها)[6] حركة اضطرارية ، فلا تحل إذا ذبحت كما لو كان إنسانا لا يجب القصاص بقتله في هذه الحالة ، وان عضها الذئب ، فقور بطنها ، ولم ينفصل كرشها فحياتها مستقرة ، (لأن حركتها الاختيارية)[7] موجودة . ولهذالو طعن إنسان وقطع (بموته)[8] بعد ساعة أو يوم وقتله إنسان في هذه الحالة وجب القصاص ، لأن حياته مستقرة ، وحركته الاختيارية موجودة ، ولهذا امضوا وصية (أمير المؤمنين)[9] . عمر (بن الخطاب)[10] رضى الله عنه ، بخلاف ما إذا أبينت الحشوة ، لأن مجاري النفس قد ذهبت وصارت الحركة اضطرارية ، وقد

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (ويستدخل) .
(٢) في (د) (فيفسخ) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بينهما) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (معها) .
(٥) في (د) (الاضطراب) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حركها) .
(٧) في (د) (لأن حركتها حركة إضطرارية لا اختيارية) .
(٨) في (د) (عرقية) .
(٩) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .
(١٠) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

تكون الحواس سليمة والحياة مستقرة والحركة اختيارية ، ويعطى الانسـان فيهـا حكم الأموات كالواقع في بحر لا ينجو منه (وتاب)[1] في هذه الحالة ، (فانه)[2] لا تقبل توبته ويقسم ماله وتنكح نسؤه ، ولا يصح شيء من تصرفاته ، ولهذا لم يقبل إيمان فرعون ، وفي مثلها لو أشرف إنسان على الغرق وقتله قاتل قبل أن يموت وجب عليه القود . ولو كانت شاة فذبحها في هذه الحالة حلت (وأما حياة عيش المذبوح وهي التي لا يبقى معها (ابصار)[3] ولا نطق ولا حركة اختيارية ، فاذا انتهى الانسـان إلى ذلك فان كان بجنـاية جان وقتلـه آخـر فلا قصـاص عليه ، والقصاص على الأول ، وان إنتهـى إلى هذه الحالـة بمـرض وقتلـه قاتـل فعلية القصـاص ، قال الامـام لو انتهـت الشـاة بالمرض إلى أدنـى الرمـق فذبحـت حلت)[4] ، لأنه لم يوجد سبب يحال عليه الهلاك ، بخلاف ما إذا افترسها سبع ، فوصلت إلى هذه الحالة ، قال ولو أكلت الشاة نباتـا مضرا ، فصـارت الى أدنـى الرمق ، فذبحت فقد ذكر شيخي فيه وجهين ثم قطع في كثير بنفي (الحل)[5] ، لأنه وجد سبب يحال عليه الهلاك ، فصار كجرح السبع .

وحاصل كلامه أن الشاة إذا إنتهت بالمرض الى حالة عدم الحياة المستقرة ، وذبحت حلت وهو نظير إيجاب القصاص على (قاتـل)[6] المريض ، حتـى قال الامام أن المريض لو انتهى إلى سكرات الموت ، (وبـدت)[7] مخايلـه وتغـيرت الأنفاس في (الشراسف)[8] لا يحكم له بالموت حتى يجب القصاص على قاتله ،

---

(١) في (ب) و(د) و(وقا) .
(٢) في (ب) و(د) (بأنه) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (بصر) .
(٤) الكلام المشار إليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (وأما) وينتهي بكلمة (حلت) مكرر في (د) .
(٥) في (د) (الخلاف) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وسقطت من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٧) في (د) (وثبت) .
(٨) في (ب) (الشراسيف) وفي (د) (السراسيف) .

وظاهر كلامه أنه لا فرق بين أن يشخص بصر الميت أم لا وحالة شخوص البصر هو الحالة التي يشاهد فيها (الميت)[١] ملك الموت . وهذه الحالة (هي)[٢] التي لا تقبل فيها التوبة قال (الله)[٣] تعالى (وليست التوبة للذين يعملون السيئات حتى إذا حضر أحدَهم الموتُ ، قال إني تبت الآن)[٤] وقال صلى الله عليه وسلم (ان الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر)[٥] .

والحاصل أن الحياة المستقرة لا يعتبر تحقق حصولها في الشاة المريضة ويعتبر في (أكيلة)[٦] السبع ونحوه ، وقد اختلف في تفسير ما يدل عليها فقال ابن الصباغ أن تكون الحياة (المستقرة)[٧] بحيث لو ترك (لبقى)[٨] يوما أو بعض يوم وغير (المستقرة)[٩] لو ترك لمات في الحال ، وقال (غيره)[١٠] الحياة المستقرة أن لا تنتهي الى حركة المذبوح ، وقد سبق بيان حركة المذبوح ، وقال في المرشد تعرف الحياة المستقرة بشيئين (أحدهما - أن تكون حالة [١١] وصول السكين إلى الحلقوم

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقط من الأصل و(د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٣) لفظ الجلالة ذكر في (ب) ولم يذكر في الأصل و(د) .
(٤) سورة النساء الآية رقم ١٨ .
(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجه وابن حبان عن ابن عمر رضي الله عنهما ولفظه في الترمذي كما يلي عن ابن عمر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (إن الله يقبل توبة العبد ما لم يغرغر) . قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب - انظر صحيح الترمذي جـ ١٣ ص ٥٨ ولفظه في سنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٤٢٠ (إن الله عز وجل ليقبل توبة العبد ما لم يغرغر) . وانظر هذا الحديث في صحيح ابن حبان جـ ٢ ص ١٥ ص . الأولى وهو الذي يعرف بالإحسان في تقريب صحيح ابن حبان .
(٦) في (د) (أكله) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٨) في (د) (لنفي) .
(٩) في (ب) (المستقر) .
(١٠) في (د) (عيم) .
(١١) في (ب) (حال) .

يطرف عينه أو يتحرك ذنبه ، لأن)[1] الحياة إذا زالت من أسفل لم يتحرك ذنبه ، ويشخص بصره ـ والثاني ـ أن لا يتحرك فيه شيء بعد إبانة الرأس ، ولا (عبرة)[2] بالاختلاج بعد الذبح ، وكذا إنهار الدم يعني من غير حركة ، وجزم النووي بأن انفجار الدم بعد الذبح وتدفقه مع وجود الحركة الشديدة من إمارات بقاء الحياة المستقرة . وأن الحركة الشديدة (وحدها)[3] . كذلك في الأصح ، قال في الكفاية وعن بعض الأصحاب أن مجرد خروج الدم دليل (على)[4] استقرار الحياة (وقال)[5] في شرح المهذب قد وقعت (هذه)[6] المسألة في الفتاوي مرات فكان الجواب فيها أن الحياة المستقرة تعرف بقرائن يدركها الناظر،من علاماتها الحركة الشديدة بعد قطع الحلقوم والمريء وجريان الدم ، فاذا حصلت قرينة مع (احداها)[7] حل الحيوان.والمختار الحل بالحركة الشديدة وحدها ، فهذا هو الصحيح الذي نعتمده انتهى .

واستفدنا من كلامه أن الحركة الشديدة ، لا تحتاج الى قرينة معها ، بخلاف انفجار الدم ، فانه يحتاج معه الى قرينة الحياة ، قال وذكر الشيخ أبو حامد وصاحب الشامل والبيان وغيرهم أن الحياة المستقرة ما يجوز أن تبقى مع الحيوان اليوم واليومين (فان)[8] شق جوفها وظهرت الامعاء ولم تنفصل (اذا)[9] (ذكيت)[10] حلت ،

---

(١) الكلام المشار إليه في القوسين والذين يبدأ بكلمة (أحدهما) وينتهي بكلمة (لأن) ساقط من (د) .

(٢) في (د) (غيره) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٥) في (ب) (قال) .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) في (ب) (أحديها) وفي (د) (أحدهما) .

(٨) في (ب) (وان) .

(٩) في (ب) (فإذا) .

(١٠) في (د) (ذكت)

وهذا الذي ذكره (منـزل)[1] على (مـا قدمنـاه)[2] ، قال واذا جرحـت الشـاة (ووصلت)[3] إلى أدنى الرمق (فذبحت)[4] ، فانها تحل بلا خلاف ، وحكى صاحب الفروع عن أبي علي بن أبي هريرة أنها ما دامت تضرب بيدها وتفتح عينها حلت بالذكاة ، قال صاحـب البيان ، وهـذا ليس بشيء ، لأن الحياة فيهـا غـير مستقرة ، فان (حركتها)[5] حركة مذبوح ، (فلا)[6] تحل ، والمذهب ما سبق .

فرع :

شك في المذبوح هل فيه حياة مستقرة بعد الذبح ، فوجهان أحدهما الحل ، لأن الأصل بقاء الحياة ، وأصحهما التحريم للشك في الذكاة المبيحة فان غلب على ظنه بقاء الحياة المستقرة حلت ، وهذا من المواضع التي فرقـوا فيهـا بـين الظـن والشك .

تنبيه :

كلام الامام يقتضي أن الحياة المستقرة يعتبر وجودهـا عنـد أول القطـع لا بعده ، فانه قال ، ولو كان فيه حياة مستقرة عند ابتداء قطع المريء ، ولكن لما قطع بعض الحلقوم انتهى إلى حركة المذبوح ، لما (ناله)[7] من (قبل)[8] (بسبب)[9] قطع القفا فهو حلال ، لأن (المعنى بما)[10] وقع التعبد به أن يكون فيه حياة مستقرة عند الابتداء (بقطع)[11] (المذبح)[12] انتهى ، ونقل في شرح المهذب كلام الامام واقتصر عليه ، وقال في الكفاية قال ابن الصباغ ينبغي أن يعتبر بقاء الحياة المستقرة

(١) في (ب) (ينزل) .
(٢) في (ب) (ما قلناه) .
(٣) في (د) (وفصلت) .
(٤) في (ب) (وذبحت) .
(٥) في (ب) (حركها) .
(٦) في (د) (ولا) .
(٧) في (ب) و(د) (قاله) .
(٨) في صلب النسخة (ب) (ثقل) وفي هامشها (قبل) .
(٩) في (د) (سبب) .
(١٠) في (ب) (أقصى ما) وفي (د) (المعنى ما) .
(١١) في (د) (فقطع) .
(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الذبح) .

أيضا بعد قطع الحلقوم ، وليس الأمر كذلك ، بل الذي يقع الابتداء بقطعه في هذه الحالة المرىء - والثاني - (على تقدير أن الذي يقع الابتداء بقطعه في هذه (الصورة)[1] الحلقوم أن المذهب)[2] الاكتفاء بكون الحياة مستقرة عند الشروع في قطع الحلقوم ، (وقياسه أن يكتفى بكون الحياة مستقرة فيما إذا ابتدأ القطع (من)[3] مقدم العنق عند قطع الحلقوم خاصة أيضا وعليه ينطبق قول الامام في أن الحياة ، لو كانت مستقرة عند الشروع في (قطع)[4] المرىء والحلقوم تحل ، وان لم توجد عند تمام (قطعهما)[5] إذا وجد الاسراع على النسق المعتاد لكن الذي حكاه المزنى عن (الامام)[6] الشافعي (رضى الله عنه)[7] في المختصر أنها ان تحركت بعد قطع رأسها أكلت والا لم تؤكل ، وفسر البندنيجي وجمهور الأصحاب ذلك ، بأن الشافعي (رحمه الله)[8] قال إنما تعلم الحياة المستقرة بشدة الحركة ، فان كانت الحركة شديدة بعد قطع الرقبة (فالحياة مستقرة)[9] ، وكلام الغزالي يقتضي اعتبار استقرار الحياة إلى انتهاء ما يجب قطعه بالذكاة ، وهو (يوافق)[10] ما دل عليه ظاهر النص .

(قلت)[11] وبذلك يحصل في المسألة ثلاث احتمالات إنتهى .

---

(١) في (ب) الحالة) .
(٢) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من كلمة (على) وانتهاء بكلمة (المذهب) ساقط من (د) .
(٣) هذه العبارة ذكرت في الأصل مرتين وهي ساقطة من (ب) و(د) والكلام سليم بدونها وقد أثبتها هذا مراعاة لأمانة النقل .
(٤) في (د) (في) .
(٥) في (د) (مقطع) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (قطعها) .
(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (والحياة المستقرة) .
(١١) في (د) (بطريق) .
(١٢) في (ب) و(د) (قال) .

ويخرج من ذلك أنه ، لو ذبح الشاة من مقدم عنقها فانتهت بقطع الحلقوم الى حركة المذبوح ، لم تحل ، وان انتهت إلى حركة المذبوح بعد قطع الحلقوم وبعض المريء حلت على قول الامام ، ولم تحل على ظاهر النص ، واختيار الغزالي ، وكذا لو قطع البعض فماتت يكون موتها كانتهائها الى حركة المذبوح ، وهذا قياس ما قالوه في الذبح من القفا (ويحتمل الفرق فتحل في هذه الحالة وان انتهت الى حركة المذبوح قبل قطع شيء من المريء ، بخلاف الذبح من القفا)[1] ، لأنه مقصر هناك بعصيانه بالذبح من القفا ، لكن قال الامام وغيره يجب أن يسرع الذابح في القطع ، فلا يتأتى بحيث يظهر انتهاء الشاة قبل استتمام قطع المذبح الى حركة المذبوح ، قال الرافعي وهذا يخالف ما سبق أن المتعبد به كون الحياة مستقرة عند الابتداء فيشبه أن يكون المقصود هنا ، إذا تبين مصيره الى حركة المذبوح وهناك ، إذا لم يتحقق الحال ، قال النووي (وهذا الذي)[2] قاله خلاف ما سبق تصريح الامام به ، بل الجواب أن هذا مقصر في الثاني فلا تحل ذبيحته بخلاف الأول ، فانه لا تقصير في حقه ، فلو لم يحلله أدى إلى حرج ، وينبغي أن يفصل بين أن يذبح بسكين غير كالّ ، ويسرع فتحل ذبيحته ، وان مات قبل تمام القطع ، وبين أن يذبح بسكين (كالة)[3] ، فلا تحل ذبيحته ، كما لو تباطأ في الذبح بالسكين غير (الكال)[4] .

قال النووي ، ولو أمرّ السكين ملصقا باللحيين فوق الحلقوم والمريء وأبان الرأس ، فليس هذا بذبح ، لأنه لم يقطع الحلقوم والمريء ولو أخذ الذابح في قطع الحلقوم والمريء ، وأخذ آخر في نزع حشوته (أو نخس خاصرته)[5] ، لم يحل ،

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٢) في (ب) (وهذا مع الذي) .
(٣) في (ب) (كائل) وفي (د) (قال) .
(٤) في (د) (الحال) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل (أويخرجا صرته) وفي (د) (أو نحر خاصرته) .

لأن التذفيف لم يتمحض للحلقوم والمرىء ، (واذا)[1] اقترن قطع الحلقوم بقطع رقبة الشاة من قفاها ، بأن يجرى سكينا من القفا وسكينا من الحلقوم حتى التقيا فهي ميتة ، بخلاف ما إذا تقدم قطع القفا وبقيت الحياة مستقرة الى وصول السكين المذبح وانما أطلت في هذا الفصل ، لأنه من الضروريات ، وقل من أتقنه .

* الحيوان يتعلق به أمور *

الأول :

كله طاهر في حال حياته ، إلا الكلب والخنزير والمتولد منهما ، وفي الخنزير قول قديم ، اختير من جهة الدليل ، ويلتحق بهما الجلالة على رأي الرافعي ، أما بعد الموت فما لا يؤكل لحمه لا تؤثر فيه الذكاة عندنا ، بل هو ميتة خلافا لأبـي حنيفة (رضى الله عنه)[2] ، ومناط حل أكل الذبيحة هل هو جواز الذبح أو قصد الأكل فيه خلاف ، تظهر فائدته من الصائلة إذا قتلت بالصيال تردد ابن كج في حل أكلها وقال المروزي ، ان لم يصب المذبح لم تحل ، وان أصاب فوجهان .

ومنها:تذكية الصبي الذي لا يميز والمجنون ، والأصح الحـل ، والدابـة الموطوءة إذا قلنا تقتل ، فذبحت ففي حل أكلها وجهان ووجه المنع أنها بوجـوب قتلها التحقت بالمؤذيات .

الثاني :

في قتله وهو على أربعة أقسام :

أحدها : ما فيه نفع بلا ضرر (فيحرم)[3] قتله .

---

(١) في (ب) و(د) (لو) .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (فلا يحرم) .

ثانيها : ما فيه ضرر بلا نفع فيستحب قتله كالحيات والسباع المؤذية والفواسق الخمس.ومنه العناكب ، لأنها من ذوات السموم ، كما قاله بعض الأطباء ، وكثير من العوام (من)[1] يمتنع من قتلها ، لأنّه عشش في فم الغار على النبي صلى الله عليه وسلم ، وهذا يلزمه أن لا يذبح الحمام .

ثالثها : ما فيه نفع من وجه،كالصقر والبازي والشاهين والعُقاب ونحوها ، (وكالفهد)[2] ، وسائر أنواع السباع التي تصيد،فلا يستحب قتله لما فيه من المنفعة ، ولا يكره قتله للضرر ، وذكر في الروضة أنه يحرم قتل الكلب المعلم وهو خلاف ما في الأم .

رابعها : مالا نفع فيه ولا ضرر كالخنافس والديدان (والجُعَل)[3] والفراش وغيرها فلا يحرم قتلها لعدم نفعها ، ولا يستحب لعدم (ضررها)[4]

قاعدة :

من ملك صيداً حرم عليه إرساله إلا في صور : أن يحُرِم ، أو يكون للطائر فرخ يموت (بحبسه) ، أو لم يجد ما يطعمه أو ما يذبحه (به) فيجب[5] إرساله ولو اعتقه على وجه القربة حرم ، قال القفال (يحسبونه)[6] قربة وهو حرام ، لأنه يشبه سوائب الجاهلية ، وقيل يباح ذلك ويزول الملك (كالعتق)[7] (في العبد) وعلى الأصح : لا يزول ملكه بإرساله ، وليس لغير المالك اصطياده ، إلا أن يبيحه المالك لمن أخذه .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل وب) .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كالفهد) .

(٣) قال في المصباح جـ ١ ص ٤٩ ط . الثالثة الجعل بوزن عمر الحرباء وهي ذكر أم حبين وجمعه جعلان مثل صرد وصردان .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (نفعها) .

(٥) في (ب) و(فيستحب) .

(٦) في (ب) (يحتسبونه) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بالعتق) .

الثالث :

أن يكون له اختيارا .

ولهذا لو فتح قفصا (عن)[1] طائر فوقف ، ثم طار لم يضمن ، وان طار عقب الفتح فقولان نظيره ما لو نفر المحرم صيدا فعثر فمات (عقب التنفير ضمنه)[2] ، وان (نفره)[3] فسكن ، ثم عثر (فمات لا ضمان)[4] ، وما لو أكل الجارح من الصيد المذهب أنه لا يحل .

(قال)[5] الامام وددت لو فصل بين أن يقف زمانا ، ثم يأكل ، وبين أن يأكل بنفس الأخذ ، لكن لم يتعرضوا له ، قال النووي قد تعرض له الجرجاني في مسألة ، لو وضع السارق المتاع في الحرز على ظهر دابة (وسيرها)[6] حتى خرجت قطع ، وان مشت بنفسها حتى خرجت فلا قطع في الأصح ، وقيل إن سارت على الفور قطع ، والا فوجهان ، وقيل بالعكس .

ولو علّم قرداً إخراج المتاع (بنقب)[7] وأرسله ، حكى الرافعي عن فتاوي القفال ينبغي أن لا يقطع لشبهة اختيار الحيوان ، (ولكن)[8] لو أمسك إنسانا وعرضه للسبع وجب القصاص قطعا ، لأنه آلة (له)[9] فكان كما لو قتله بالسيف ، ومثله (الحيوان)[10] الضاري بطبعه .

(١) في (د) (من) .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (عقب الفتح فقولان التنفير ضمنه) وهو وهم من الناسخ .
(٣) في (د) (نفر) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (فلا ضمان) .
(٥) في (ب) (وقال) .
(٦) في (ب) (ثم ضربها) وفي (د) وسترها) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (فبعث) وفي (د) (فنقب) .
(٨) في (ب) و(د) (لكن) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١٠) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (المجنون) .

ولو رمى من الحل صيدا في الحل فقطع السهم في مروره (هواء)[1] الحرم فوجهان ، احدهما : لا يضمنه ، كما لو أرسل كلبا (في)[2] الحل على صيد في الحل ، فتخطى طرف الحرم ، فإنه لا يضمن (وأصحهما)[3] يضمن بخلاف الكلب ، لأن للكلب اختيارا بخلاف السهم ، (ولهذا)[4] قال الاصحاب ، لو رمى صيدا في الحل فلم يصبه وأصاب صيدا في الحرم وجب الضمان ، (ومثله)[5] ، لو أرسل كلبا لا يجب ولو سرق دابة لا تساوي نصابا فتبعها ولدها ، فلا قطع في الأصح ، لأن للحيوان اختيارا .

* * *

(١) في (د) (حرم) .

(٢) في (د) (من) .

(٣) في (د) (وبقيمتها) .

(٤) في (د) (ولذا) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وبمثله) .

* حرف الخاء المعجمة *

* الخبر *

اما أن يكون عن خاص أو عام .

(الاول[1]) منحصر في ثلاثة : الاقرار، والبينة، والدعوى، لأنه ان كان بحق على المخبر فهو الاقرار،أو على غيره فهو الدعوى،أو لغيره فهو الشهادة .

وضبطها ابن عبد السلام بضابط آخر، وهو أن القول ان كان ضارا لقائله فهو الاقرار ، وإن لم يكن ضارا به ، فإما أن يكون نافعا له أو لا، والأول (هو)[2] الدعوى ، والثاني الشهادة . انتهى .

(والثاني) وهو أن يكون المخبر عنه عاما، لا يختص (بمعين[3])، وينحصر أيضا في ثلاثة:الرواية،والحكم،والفتوى، لأنه ان كان خبرا عن محسوس فهو الرواية ، وان لم يكن فان كان فيه إلزام فهو الحكم، والا فالفتوى.وعلم من هذا ضابط كل واحد من هذه الستة . ومن المشكل اشتراطهم لفظ الشهادة في رؤ ية هلال (شهر[4]) رمضان، وفي المترجم (والمسمع[5]) أنها تتعلق بالعموم فكيف تلحق بالشهادة الخاصة .

---

(١) في (ب) (والأول)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٣) في (ب) و (د) (بغيره)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب)

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (والمستمع) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل

* الخبر ما احتمل الصدق والكذب *

ولهذا، لو قال:من أخبرتني منكما بكذا فهي طالق، فاذا أخبرتا طلقتا صدقتا او كذبتا، ولا فرق بين المقرون بالباء[1] وغيرها .

وقال الفوراني، لو قال من اخبرتني منكما بقدوم زيد لم يقع، الا اذا اخبرته صادقة، لأن الباء للالصاق فصار في معنى شرط القدوم في الاخبار . ومن أخبر ببعض الواقع، هل يسمى كاذبا، قال الماوردي: لو اشترى ثوبا بمائة درهم، فاخبر في بيع المرابحة أنه اشتراه بتسعين، فهل يكون كاذبا في اخباره، وجهان، أحدهما: لا - لدخول التسعين في المائة، فعلى هذا الاخيار للمشتري، لذا علم الحال والثاني : انه كاذب، لأن التسعين بعض الثمن، وفي مقابلة جميع (البيع[2])، وعلى هذا فالمشتري الخيار .

ولو أقام بينة، ثم قال كذبت أو هي مبطلة امتنع الحكم بها، وفي بطلان دعواه وجهان (اختار[3]) صاحب التقريب البطلان، لأن الكذب عند الأشعرية عدم مطابقة الخبر لما في الخارج، وان لم يعلم الشخص ذلك، وعن صورة الجهل احترز النبي صلى الله عليه وسلم بقوله (من كذب علي متعمدا فليتبوأ مقعده من النار[4])، وانما قال الله تعالى[5] في المنافقين (والله يشهد إن المنافقين

---

(١) في (ب) (بالفاء) وفي (د) (بالباء) وكذا في الأصل .

(٢) في (ب) و (د) (المبيع)

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (اختيار) .

(٤) هذا جزء من حديث أخرجه البخاري في صحيحه عن أبي هريرة أنظر فتح الباري جـ ١ ص١٦٣ وللحديث أيضا طرق أخرى في صحيح البخاري في نفس هذا الجزء ص١٦١ - ١٦٣ ، وهذا الحديث أخرجه مسلم في صحيحه عن أبي هريرةو بنفس هذا اللفظ. انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ١ ص٦٧ - ٦٨ وأخرجه الترمذي في صحيحه عن عبد الله بن مسعود بنفس هذا اللفظ. انظر صحيح الترمذي ح١٠ ص١٢٦ وانظره أيضا في سنن ابن ماجه جـ١ ص١٣ - ١٤ ، والمستدرك للحاكم في ما رواه عن أبي قتادة حـ١ ص١١١ - ١١٢ .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل .

لكاذبون[1])، لأنهم قالوا انهم يشهدون بالرسالة وهم لا يشهـدون بهـا، ، لأن الشهادة بها اعتقادها أو الاخبار بها على وجه الانقياد ومواطأة الظاهـر للباطـن وأصحهما المنع، لاحتمال أن يريد بكذب الشهود أنهم أخبروا عن غير علم فلهم حكم الكاذبين (اذ[2]) رضوا بخبر يجوزون كذبه جوازا غـير بعيد، (فـذلك[3]) رضا بالكذب، وهذا في قوله مبطلين غير مناف للظاهر، فيجب القطع به .

* الخبرة الباطنة *

قال الامام : قال الأئمة:تعتبر في ثلاث شهادات : الشهادة على أن لا وارث له،والشهادة على العدالة، وعلى الإعدام .

قلـت:والأوليان من منصوصـات الأم، وشرط الثـانية أن تكون معرفتـه متقادمة، قال الامام، وانما (شرطناها[4]) في هذه الأشياء، لأن مستند الشهادة فيها (الستر[5]) على وجه لا يستيقن، ولكن مست الحاجة الى قبول البينة في هذه المنازل، والاكتفاء بغلبة الظن، والا لتعطل تعـديل الشهـود وتسـليم التـركات للورثـة، والاكتفاء ولتخلد الحبس على المعسر. قال:ثم أهل الخبرة الباطنة من عاشره سفرا وحضرا، وكان يطلع على باطن حاله، وانما يتحقق القاضي خبرتهم بإخبارهم، ولا يشترط (ذكره[6]) في صيغة الشهادة، ولو علم القاضي به فلا اشكال .

وذكر الأصحاب في كتاب النكاح صورة رابعة، وهي اذا ادعت المرأة غيبة وليها، فنص الشافعي (رضي الله عنه[7])، أنه لا يزوجها السلطان حتى يشهـد

---

(١) سورة المنافقون الاية رقم ١
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (اذا)
(٣) في (ب) (وذلك)
(٤) في (د) (شرطنا)
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (اللبر)
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ذكر) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

شاهدان أنه ليس لها ولي (خاص[1] حاضر)، وأنها خلية من النكاح والعدة وهل هو واجب أو مستحب؟ وجهان، قال الرافعي ولا تقبل في (هذه[2]) الا شهادة من يطلع على حالها، كما في شهادة الاعسار وحصر الورثة .

وخامسة ذكرها القفال في فتاويه وهي الشهادة على البلوغ بالسن .

(وسادسة[3]) منصوصة في المختصر (وهي[4]) الشهادة بالرشد .

* الخراج بالضمان *

(هو حديث صحيح[5]) ومعناه ما خرج من الشيء من عين ومنفعة (وغَلة[6]) فهو للمشتري عِوض ما كان عليه من ضمان الملك، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه، فالغلة له، ليكون الغنم في مقابلة الغرم .

وقد ذكروا على هذا التقرير سؤالين :

أحدهما: أنه لو كان الخراج في مقابلة الضمان لكانت الزوائد قبل القبض للبائع تَمّ العقد أو انفسخ اذ لا ضمان حينئذ، ولم يقل أحد (منهم[7]) بذلك، (وانما[8]) يكون له اذا تَمّ العقد حينئذ .

(١) كلمة (خاص) ذكرت في (ب) و (د) ولم تذكر في الأصل وكلمة (حاضر) ذكرت في الأصل ولم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) في (ب) (هذا) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (سادسة) .

(٤) في (د) (وهو) .

(٥) هذا الحديث أخرجه الترمذي وابن ماجه والنسائي والدارقطنى والحاكم عن عائشة وقال الترمذي بعد أن أخرجه بأنه صحيح حسن غريب وان البخاري نفي الريبة عنه حسين سأله عنه ـ انظر صحيح الترمذي جـ٦ ص٢٧ وما بعدها ـ وابن ماجه جـ٢ ص٧٥٣ ـ ٧٥٤ ـ والنسائي جـ٧ ص٢٥٤ ـ ٢٥٥ ـ والدارقطنى جـ٣ ص٥٣ دار المحاسن للطباعة والمستدرك للحاكم جـ٢ ص١٥ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل وفي (د) (وعيلة) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)

(٨) في (ب) (وأنها)

وأجيب بأن الخراج يعلل قبل القبض بالملك وبعده[١] بالضمان والملك جميعا، واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان، لأنه أظهر عند البائع، وأقطع لطلبه واستبعاده، أن الخراج للمشتري (يبذله[٢])، (فقيل له[٣]) ان الغنم في مقابلة الغرم .

الثاني : لو كانت العلة (الضمان[٤]) لزم أن تكون الزوائد للغاصب، لأن ضمانه أشد من ضمان غيره، ومتى كانت العلة أشد كان الحكم فيها أولى وبهذا احتج لأبي حنيفة (رضي الله عنه[٥]) (في[٦]) أن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب .

وأجيب بوجهين :

أحدهما : أنه صلى الله عليه وسلم قضى بذلك في ضمان الملك وجعل الخراج لمن هو مالكه اذا تلف (تلف[٧]) على ملكه وهو المشتري والغاصب لا يملك المغصوب .

والثاني:أن الخراج هو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع، بل اذا أتلفها، (فالخلاف[٨]) في ضمانها عليه، فلا يتناول موضع الخلاف، وهذا جواب (الامام[٩]) الشافعي (رضي الله عنه[١٠]) .

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (وبعد الضمان)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)
(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د)
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (للضمان) وفي (د) (للضامن) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٨) في (ب) (فلا خلاف) .
(٩) هذه الكلمة لم تذكر في (ب)
(١٠) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د)

نعم ، خرج عن (هذا مسألة[1]) ، وهي ما لو اعتقت المرأة عبدا ، فان ولاءه يكون (لابنها[2]) ، ولو جنى (جناية[3]) خطأ فالعقل على عصبتها دونه وقد يجيء مثله في بعض العصبات يعقل ولا يرث .

* الخطب اثنتا عشرة *

أربع في الصلاة، وأربع في الحج، وأربع في النكاح .

فالأول:خطبتا الجمعة وهما فرضان ، وخطبتا العيدين، وهما سنة ، وكذلك خطبتا الكسوف والاستسقاء وكلها مثنى الا الكسوف فتجزىء (فيها[4]) واحدة على النص ، حكاه البندنيجي .

والثاني : يوم سابع ذي الحجة بعد الظهر وهي فردة ، ويوم عرفة بمنى بعد الزوال (خطبتين[5]) قبل الظهر وخطبة يوم النحر بعد الزوال .

(وخطبة يوم النفر الأول بعد الظهر. والجميع بعد الصلاة، الا خطبة عرفة ، فانها قبلها كالجمعة .

والثالث : الخطبة عند الخِطبة، وعند إجابة الولي وعند العقد وخُطبة الزوج عند القبول، وأغرب ابن سراقه في كتاب الإعداد، فقال:كلها سنة، الا الجمعة وخطبة عرفة (فهما[6]) فرض يفعلان قبل الصلاة وبعد[7] الزوال)، وكذا قال

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (هذه المسألة) .
(٢) في (ب) و (د) (لأبيها) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) و (د) (فيه) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (خطبين) .
(٦) في (ب) (فانها) .
(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء من كلمة (وخطبة) وانتهاء بكلمة (الزوال) ساقط من (د) .

الماوردي في باب صلاة (العيد[1] كلها) (تتعقب[2]) الصلاة، الا الجمعة وعرفة قال وما يتقدم الصلاة واجب، وما يتعقبها سنة .

* الخطأ يرفع الاثم *

وهو المراد من قوله صلى الله عليه وسلم (رفع عن أمتي الخطأ[3] والنسيان)، أما في الحكم فان حقوق الآدميين العامد والمخطىء فيها سواء، وكذلك في بعض حقوق الله تعالى كقتل الصيد. والخطأ في العبادة مرفوع غير موجب للقضاء، ان لم يؤمن (وقوع[4]) مثله في المفعول ثانياً، كما لو أخطأ الحجيج في الوقوف بعرفة فوقفوا العاشر لا يجب القضاء، لأن الخطأ لا يؤمن في السنين المستقبلة . ومثله الأكل في الصوم ناسيا ومفسد الحج بالجماع، اذا أفسد القضاء بالجماع، لم يلزمه غير قضاء واحد .

ولو اجتهدوا في أشهر الحج وأحرموا، ثم بان الخطأ عاما، فهل ينعقد حجا كما لو وقفوا العاشر (أو عمرة[5])؟ وجهان حكاهما الروياني، أما اذا أمكن التحرز منه، فلا يكون الخطأ عذرا في اسقاط القضاء، كما اذا أخطأ الحجيج في الموقف فوقفوا في غير عرفة، فيلزمهم القضاء سواء كانوا جمعا كثيرا أو قليلا، قاله الجرجاني في المعاياة، لأن الخطأ في الموقف يؤمن مثله في القضاء .

---

(١) في (ب) (العيد فانها كلها) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (تبعية) .

(٣) هذا الحديث أخرجه ابن ماجه في سننه بعدة طرق ـ الأولى منها هي عن ابن عباس عن النبي صلى الله عليه وسلم قال (ان الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) ـ انظر سنن ابن ماجه جـ١ ص٦٥٩ ـ ولفظه في المستدرك عن ابن عباس رضي الله عنهما (تجاوز الله عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه) . قال الحاكم هذا حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه . انظر المستدرك جـ٢ ص١٩٨ .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) (أو غيره) .

وكالحاكم يحكم بالاجتهاد ثم يجد النص بخلافه، لا يعتد بحكمه .

ولو صلى بالاجتهاد ثم تيقن الخطأ بعد الصلاة وجب القضاء في الأصح .

ولو اجتهد في أوان أو ثياب ثم بان أن الذي (توضأ به أو لبسه[1]) كان نجسا لزمه الاعادة .

ولو صلى بنجس لم يعلمه، وجب القضاء في الجديد .

ولو صلت الأمة مكشوفة الرأس، ثم اعتقت في اثناء الصلاة، وكان لها سترة ولم تعلم بالعتق، الا بعد الفراغ من الصلاة فقولان ء كالتي قبلها .

ولو ترك الفاتحة ناسيا وجب القضاء في الجديد .

ولو أكل الصائم أو جامع باجتهاد معتقدا أن الفجر لم يطلع، وكان قد طلع[2])، أو ظن أن الشمس قد غربت ولم (تغرب[3]) لزمه القضاء ولو اجتهد في وقت الصلاة ثم بان انه صلى قبل الوقت (أو اجتهد[4]) في الصيام فوافق شعبان وتبين الحال بعد انقضاء رمضان أو أحج عن نفسه، لكونه معضوبا فبرىء،أو غلطوا (فوقفوا[5]) بعرفة الثامن،أو رأوا سوادا (فظنوه[6]) عدوا، فصلوا صلاة شدة الخوف فبان خلافه أو دفع الزكاة لمن ظنه فقيرا، ففي هذه الصور (قولان وبعضه مرتب على بعض او أقوى، والصحيح في الجميع أنه لا يجزيه[7])

---

(١) في (د) (توضأ أو لبس) .
(٢) الكلام المشار اليه في القوسين جاء مؤخرا في (د) حيث ذكر بعد قوله فيما سيأتي (ضمان المغصوب) وقبل قوله (ولم يجعلوه هلاكا) .
(٣) في (د) (يعرف) .
(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (واجتهد) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ووقفوا) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل (فظنوا) وفي (د) (يظنوه)
(٧) الكلام المشار اليه في القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .

* الخلط بما لا يتميز بمنزلة الاتلاف *

ولهذا لو خلط الوديعة بما لهِ ولم تتميز ضمن .

ولو غصب حنطة أو زيتا وخلطها بمثلها فهو اهلاك، حتى ينتقل (ذلك[1]) المال اليه ويترتب في ذمته بدله، وحينئذ فيضمن ضمان المغصوب ولم يجعلوه هلاكا في (الفلس[2])، فاذا خلط المشتري صاع (البائع[3] بصاع مثلـه، ثم حجـر عليه بالفلس أخذ البائع صاعا منه مقدما على الغرماء ولم يسلكوا به في البيع مسـلك الغصب، ولا الفلس، بل جعلوه (تعييبا[4]) ، فقالوا: لو باع فاختلطت بغيرها قبل القبض لا ينفسخ البيع في الأصح لبقاء (المبيع)[5] ، ويتخير المشتري .

ولو اختلط الثوب بأمثاله والشاة المبيعة بأمثالها، فالصحيح الانفساخ .

وفي فتاوى[6] النووى، لو غصب دراهم او حنطة من جماعة من كل واحد شيئا معينا، ثم خلط الجميع، ولم يتميز، ثم فرق عليهم جميع المخلوط على قدر حقوقهم يحل لكل واحد قدر حقه، وان (فرق[7]) على بعضهم لزم المدفوع اليه أن يقسم القدر الذي أخذه عليه وعلى (الباقـين[8]) بالنسبـة الى قدر أموالهـم وهـذا تصريح بأنه يصير مشتركا لا مستهلكا .

ولو أوصى بحنطة معينة، ثم خلطها كان رجوعا في الاصح، وقيل ان خلط بأجود فرجوع .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المفلس) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «البيع »
(٤) في (د) (تغليبا)
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (البيع)
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل (وقال)
(٧) في (د) (فرقه)
(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (الثاني) .

(ولو أوصى بصاع من صبرة، ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح[1])، لأنه أحدث بالخلط زيادة لم يرض بتسليمها، أو بمثلها فلا اذ الموصى به كان مشاعا، فلا تضره زيادة الخلط وكذا بأردأ في الأصح .

وفي ترتيب الأقسام للمرعشي، ذهب بعض أصحابنا الى انه، لو خلط الحنطة والشعير وغيرها من الحبوب لا يجوز بيعها (كذلك)[2] وهو عندي جائز، لامكان تمييزها ، وإن في كل واحد (منهما)[3] بقية ، ولكن إذا كانت فضة مختلطة بشيء فلا يجوز ، لأن المقصود به مجهول فهو كتراب المعدن الذي نص الشافعي (رحمه[4] الله) على بطلان بيعه ، وكأنه بناه على منع المعاملة بالمغشوش .

* الخلف في الصفة (هل[5]) ينزل منزلة (خلف[6]) العين *

الضابط فيه أن ما قام الوصف فيه مقام الرؤية فهو محل القولين كالنكاح، فاذا شرط في أحد الزوجين وصف اسلام او حرية فأخلف فالأظهر الصحة، ويتخير ان بان دون المشروط .

وأما ما لا يغنى فيه الوصف عن الرؤية كالبيع ،فلا ينزل منزلة خلف العين قطعا، فلو اشترى عبدا بشرط أنه كاتب، فبان خلافه فالبيع صحيح قطعا، ولكن يثبت فيه الخيار، ومن ذلك بدل الخلع، فاذا قال خالعتك على هذا الثوب المَرْوي، أو على شرط أنه مَرْوي، وكان هَرَويا فقبلت طلقت، قال الامام، وقطع الأئمة

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود كان رجوعا في الأصح وقيل أن خلط بأجود فرجوع ، ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود منها فرجوع في الأصح) ولا يخفي ما في الأصل من التكرار وفي (د) جاء الكلام كما يلي (ولو أوصى بصاع من صبرة ثم خلطها بأجود منها في الأصح) فكلمة فرجوع ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (لذلك)

(٣) في (ب) (منها) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

أجوبتهم به، فان الفرقة متعلقة بالايجاب والقبول، ولا نظر الى خلف الصفة المشترطة،بدليل أنه لو قال خالعتك على هذا الخل أو هذا العبد فبان خمرا، أو حرا، فالفرقة واقعة، فاذا كان الخروج من المالية لا يمنع وقوع الفرقة، فخلف الصفة أولى. ومن ههنا يظهر ضعف ما نقله الرافعي عن (السرخسي)[1] في هذه المسألة من لحاظ أن الخلف في الصفة هل ينزل منزلة خلف[2] العين أم لا.

ومنها، لو ادعى عليه القتل (عمدا،[3] فأقر) بالقتل ونفى العمد، فهل تغلظ عليه اليمين؟فيه وجهان، أصحهما:نعم، كما في أصل القتل. والثاني:لا، لأن الموصوف آكد من الصفة، فاذا حلف فهل للمدعي طلب الدية، قال المتولي:فيه قولان بناء على أن الدية في الخطأ تجب على العاقلة ابتداء (أم[4]) تلقيا، فعلى الأول ليس له طلب الدية، وان قلنا بالثاني، فينبني على أن الخلف في الصفة، هل هو كالخلف في الموصوف، وفيه قولان، من النكاح،ان قلنا:نعم،فكأنه ادعى مالا واعترف بمال آخر لا يدعيه، وان قلنا:لا،طالب بالدية، ونازعه ابن الرفعة بما يوقف عليه من كلامه.

أما اختلاف الجنس، فهل هو (كاختلاف[5]) العين أو الصفة؟ وجهان، أصحهما الأول.

(١) تذكر كتب التراجم أكثر من واحد يطلق عليه لفظ السرخسي نسبة الى سرخس،ولكن الرافعي ينقل عن اثنين منهم أحدهما أبو الفرج عبد الرحمن بن احمد السرخسي ويعرف أيضابالبزاز- توفي سنة أربع وتسعين وأربعمائة في شهر ربيع الآخر بمرو انظر طبقات ابن السبكي جـ٥ ص١٠١ - العبر جـ٣ ص٣٣٩ - طبقات ابن هداية الله ص٦٥.
وثانيهما أبو علي زاهر بن احمد بن محمد السرخسي - المتوفي سنة تسع وثمانين وثلثمائة وذلك في آخر شهر ربيع الآخر عن ست وتسعين سنة - انظر طبقات العبادي ص٨٦ - تهذيب الأسماء للنووي جـ١ ص١٩٢ - طبقات ابن السبكي جـ٣ ص٢٦٣ - المنتظم جـ٧ ص٢٠٦.

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل.

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عمدا عدوا فأقر).

(٤) في (ب) (أو)

(٥) في (د) (كاختلاط).

ولهذا لو خالعها على ثوب بعينه على أنه كتان فبان قطنا (أو عكسه)[1] فالأصح فساد العوض لما (ذكرناه)[2] ، فأشبه ما لو خالع على عبد فقبض أَمة قال الرافعي وهؤلاء قالوا : لو باع ثوبا على أنه كتان فبان قطنا فسد البيع وقضيته أن المصحِّح للعوض يصحح صورة البيع ، وبه صرح الماوردي .

ولو رد العقد في الصرف على معين ، وخرج أحدهما نحاسا بطل العقد، وقيل:لا،تغليبا للاشارة ، ويحتاج للفرق بينه وبين ما (اذا)[3] اشترى زجاجة ظنها جوهرة يصح ولا يثبت الخيار .

وأما الاختلاف في الجهة فلا يضر على المذهب ، كما قاله الرافعي في باب الاقرار ، فيما اذا قال انت أعتقت هذا العبد فأنكر ثم اشتراه منه وذكر في باب العارية فيما اذا قال الراكب أعرتني هذه الدابة ، وقال المالك (غصبتها)[4] خرجه البغوي على الاختلاف في الجهة ، وقال الامام لا يخرج عليه ، لأن العين متحدة ، ولا أثر للاختلاف في الجهة مع اتحاد العين ، ولو أقر بألف عن ضمان فقال المقر له من جهة أخرى لزمه في الأصح واختلاف الجهة لا يمنع (الأخذ)[5] ، لكن الرافعي صحح فيما اذا شهد شاهد بألف من ثمن مبيع،وآخر على اقراره عن قرض عَدَمَ اللزوم وبناه على مسألة الإقرار ، وهو بناء لا يصح ، ووجه المنع في صورة الشهادة عدم توارد الشاهدين على لفظ واحد .

* الخلاف يتعلق به مباحث *

الأول :

يستحب الخروج منه باجتناب ما اختلف في تحريمه وفعل ما اختلف في

---

(١) في (د) (وعكسه) .

(٢) في (ب) و (د) (ذكرنا)

(٣) في (ب) و (د) (لو)

(٤) في (د) (غصبتنيها) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الآخر) .

وجوبه ، ان قلنا كل مجتهد مصيب لجواز أن يكون هو المصيب ، وكذا ان قلنا إن المصيب واحد لأن المجتهد اذا كان يجوز خلاف ما غلب على ظنه ونظر في متمسك مخالفه ، فرأى له موقعا ، فينبغي له أن يراعيه على وجه ، وكذا الخلاف بين المجتهدين ، اذا كان أحدهما إماماً لما في المخالفة من الخروج (على)[1] الأئمة ، وقد صح عن ابن مسعود (رضي الله[2] عنه) أنه عاب على عثمان (رضي الله[3] عنه) صلاته بمنى أربعا وصلى معه ، فقيل له في ذلك فقال: الخلاف شر .

قال الشيخ أبو محمد بن عبد السلام في القواعد أطلق بعض أكابر الأصحاب ، قيل ويعني به (ابن أبي[4] هريرة) أن الخروج من الخلاف حيث وقع أفضل من التورط فيه ، وليس كما أطلقه ، بل الخلاف أقسام :

الأول :

أن يكون في التحليل والتحريم فالخروج من الخلاف (بالاجتناب)[5] أفضل .

الثاني :

أن يكون الخلاف في الاستحباب والايجاب ، فالفعل أفضل .

الثالث :

أن يكون الخلاف في الشرعية ، كقراءة البسملة في الفاتحة ، فانها مكروهة عند مالك (رحمه[6] الله) واجبة عند الشافعي (رحمه[7] الله) ، (وكذلك صلاة

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (عن) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٤) في (ب) (ابن هريرة) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل [بالتخيير] .
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

الكسوف على الهيئة المنقولة في الحديث)[1] ، فانها سنة عند الشافعي (رحمه الله)[2] وأنكره أبو حنيفة «رضي الله[3] عنه » ، «فالفعل[4] أفضل » .

قال والضابط أن مأخذ الخلاف ، إن كان في غاية الضعف ، فلا نظر اليه لا سيا ، اذا كان مما ينقض الحكم بمثله ، وان تقاربت الأدلة ، بحيث لا يبعد قول المخالف كل البعد ، فهذا مما يستحب الخروج منه حذرا من كون الصواب مع الخصم انتهى .

قلت:لمراعاته شروط :

أحدها :

أن يكون مأخذ المخالف قويا ، فان كان واهيا لم «يراعَ »[5] - كالرواية المنقولة عن أبي حنيفة «رضي الله[6] عنه » في بطلان الصلاة برفع اليدين ، فان بعضهم أنكرها وبتقدير ثبوتها لا يصح لها مستند ، والأحاديث الصحيحة معارضة

(١) الحديث الذي فيه هيئة صلاة الكسوف أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والنسائي وسنذكر هنا الرواية التي في صحيح البخاري ثم نشير بعد ذلك الى الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث وبالطرق التي روى بها في غير البخاري - ففي صحيح البخاري فتح الباري جـ٢ ص١٨٣ جاء ما يلي (عن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم صلى صلاة الكسوف فقام فأطال القيام ثم ركوع فأطال الركوع ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم قام فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فأطال القيام ثم ركع فأطال الركوع ثم رفع فسجد فأطال السجود ثم رفع ثم سجد فأطال السجود ثم انصرف) هذا ما ورد في صحيح البخاري وأما الصفحات التي يوجد فيها هذا الحديث في غير البخاري فهي على التوالي - صحيح مسلم شرح النووي جـ٦ ص٢٠٠ - ٢٠١ صحيح الترمذي جـ٣ ص٣٤ - ٣٩ - سنن أبي داود بشرحه المنهل جـ٧ ص٢٠ - ٣٤ - ابن ماجه جـ١ ص ٤٠١ - ٤٠٢ - سنن النسائي جـ٣ ص١٢٨ - ١٤٦ ,

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هانان الكلمتان ذكرتا في (ب) و (د) وسقطتا من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (يراعى) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

لها ، وكذلك ما نقل عن «عَطاءٍ»[1] من اباحة وطء الجواري بالعارية،وهو أولى من قول الرافعي : إنما وجب الحد ، « لأنهم »[2] لم يصححوا النقل عنه «فانـا »[3] نقول ، ولو صح فشبهته « ضعيفة ، لا أثر لها »[4] ، فإن الأبضاع لا تباح بالإذن ، كما في بضع الحرة فصار كشبهة الحنفي في النبيذ ، فإنه لا أثر لهـا ، وسـواء كان الاختلاف في المذاهب السالفة ، كما ذكرنا أو في مذهبنا كخلاف الاصطخري في تحريم التصوير وقوله ، إنما حرم لقرب عهد الناس «بالأصنام »[5] .

واعلم أن ظاهر كلام القفال مراعاة الخلاف ، وإن ضعف المأخذ إذا كان فيه احتياط ، فإنـه قال في فتـاويه ، اذا نقص «مـن »[6] «القلتـان »[7] شيء يسـير « ووقـع[8] فيهما » نجاسـة ، قال ينبغـي أن يقلـد من يقـول القلتـين خمسمائـة « رطل »[9] تحديدًا ، فاذا نقص شيء ووقع فيها نجس تأثرت وحينئذ يتيمـم ثم يقضي بناء على المذهب وهو أن هذا لا يتأثر بالنجاسـة ، وكأنـه رأى استحبـاب الاعادة للخروج من الخلاف . وقال المتولي في التتمة يستحب «التحجيل »[10] في

(١) هو عطاء بن أسلم بن صفوان تابعي من أجلاء الفقهاء كان عبدا أسود ـ ولد في جند باليمن ونشأ بمكة فكان مفتي أهلها ومحدثهم ـ وتوفي بها ـ قيل سنة خمس عشرة ومائة ـ وقيل سنة أربع عشرة ومائة وهو الصحيح ـ انظر طبقات ابن سعد جـ٥ ص٤٦٧ ـ ٤٧٠ ـ صفو ة الصفوة جـ٢ ص١١٩ ـ ميزان الاعتـدال جـ٢ ص١٩٧ ـ حلية الأولياء جـ٣ ص٣١٠ ـ الـوفيات جـ١ ص١٣٨ ـ نكت الهميان ص١٩٩ ـ

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « كأنهم » .

(٣) في (د) «فانها »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ضعيفة وسواء كان الاختلاف في لا أثر لها » .

(٥) في (د) «بالأحكام» .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(٧) في (ب) «القلتان » .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «ووضع فيها » .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

(١٠) قال في المصباح جـ١ ص٥٧ ط .الثالثة «التحجيل في الوضوء غسل بعض العضد وغسـل بعض الساق مع غسل اليد والرجل » .

التيمم ، لأن عند « الأزهري »[1] مسح جميع « اليد »[2] واجب ليخرج بذلك عن الخلاف هذا مع ثبوت الأحاديث الصحيحة بالاقتصار على الكفين .

الثاني :

أن لا تؤدي مراعاته الى خرق الاجماع ، كما نقل عن ابن سريج أنه كان يغسل أذنيه مع الوجه ويمسحهما مع الرأي ويفردهما بالغسل مراعاة لمن قال أنهما من الوجه أو الرأس أو عضوان مستقلان فوقع في خلاف الاجماع ، « اذ »[3] لم يقل أحد بالجمع وقال النووي من غلطه في ذلك فغالط ، فان الشافعي «رحمه[4] الله» والأصحاب استحبوا غسل « النزعتين »[5] مع الوجه مع أنهما[6] يمسحان في الرأس أي للخروج من خلاف من قال هما من الوجه ، ولم يقل أحد «بوجوب »[7] غسلهما ومسحهما ، ومع ذلك استحبوه .

الثالث :

أن يكون الجمع بين المذاهب ممكنا ، فان لم يكن كذلك ، فلا يترك الراجح

---

(١) هو أبو منصور محمد بن أحمد بن الأزهر المعروف بالأزهري الأمام في اللغة ـ ولد بهراة سنة اثنتين وثمانين ومائتين ـ كان فقيها صالحا غلب عليه علم اللغة وصنف فيه كتابا سماه التهذيب وصنف أيضا في التفسير وشرح ألفاظ مختصر المزنى ـ توفي رحمه الله تعالى بهراة سنة سبعين وثلثمائة في أواخرها وقيل في شهر ربيع الآخر وقيل سنة احدى وسبعين وثلثمائة ـ انظر معجم الأدباء جـ١٧ ص١٦٤ ـ ابن خلكان ح٣ ص٤٥٨ ـ طبقات ابن السبكي جـ٣ ص٦٣ ـ تذكرة الحفاظ جـ٣ ص١٦٠ شذرات الذهب ص٧٢ ـ طبقات ابن هداية الله ص٣٠ بغية الوعاة جـ١ ص١٩ ـ اللباب جـ١ ص٣٨ .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « البدن » .

(٣) في (د) « رده »

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « البرعتين » قال في المصباح حـ٢ ص١١٦ ط . الثالثة « نزع نزعا من باب تعب انحسر الشعر عن جانبي جبهته فالرجل أنزع والمرأة زعراء ولا يقال « نزعاء من لفظه » وموضع النزع نزعة مثل قصبة وهما نزعتان » وأيضا انظر القاموس المحيط ج٣ ص٩١ ط . الثانية .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « أنهما مع » .

(٧) في (د) « بالوجوب » .

عند معتقده لمراعاة المرجوح ، لأن ذلك عدول عما وجب عليه من اتباع ما غلب على ظنه وهو لا يجوز قطعا .

ومثاله الرواية عن أبي حنيفة « رضي[1] الله عنه » في اشتراط المصر الجامع في انعقاد الجمعة ، لا يمكن مراعاته عند من يقول أن أهل القرى اذا بلغت العدد الذي ينعقد به الجمعة لزمتهم ، ولا « يجزيهم »[2] الظهر فلا يمكن الجمع بين القولين .

ومثلها أيضا قول بعض أصحابنا أن من تقدم الامام بقراءة الفاتحة وجب عليه اعادتها ، فان القائل بهذا الوجه ، لا يمكن معه مراعاة القائل بأن تكرار الفاتحة مرتين مبطل ، إلا أن يخص البطلان بغير «العذر »[3] .

« ومثلها »[4] أيضا قول أبي حنيفة «رضي الله[5] عنه » أول وقت العصر مصير ظل الشيء مثليه،وقول الاصطخري من أصحابنا ان هذا آخر وقت العصر مطلقا ويصير بعده قضاء ، وان كان هذا وجها ضعيفا غير أنه لا يمكن الخروج من خلافهما جميعا ، وكذلك الصبح ، فان عند الاصطخري « أن »[6] يخرج وقت الجواز بالأسفار وذلك الوقت عند أبي حنيفة « رضي [7] الله عنه » هو الأفضل قلت يمكن «بفعلها »[8] مرتين في الوقتين . وكذلك أيضا يضعف الخروج من الخلاف ، اذا أدى « المنع »[9] من العبادة لقول المخالف بالكراهة أو المنع كالمشهور من قول

---

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل «يجزيه » وفي (د) «يجزي »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «العدد » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ومنها »

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) في (ب) «فعلها » .

(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (المنيع) .

مالك أن العمرة لا تتكرر في السنة ، وقول أبي حنيفة «رضي الله عنه »[1] أنها تكره « للمقيم بمكة »[2] في أشهر الحج ، وليس التمتع مشروعا له وربما قالوا إنها تحرم فلا ينبغي للشافعي مراعاة ذلك ، لضعف مأخذ القولين ، ولما يفوته من كثرة الاعتمار ، وهو من القربات الفاضلة .

أما إذا لم يكن كذلك ، فينبغي الخروج من الخلاف ، لا سيما اذا كان فيه زيادة تعبد كالمضمضة والاستنشاق في غسل الجنابة يجب عند الحنفية،وكذلك الاستنشاق عند الحنابلة في الوضوء،والغسل من ولوغ الكلب ثمانيا في مرات،والغسل من سائر النجاسات ثلاثا «لخلاف »[3] أبي حنيفة «رضي الله[4] عنه » وسبعا لخلاف احمد،والتسبيح في الركوع والسجود لخلاف احمد في وجوبها،والتبييت في نية صوم النفل فان مذهب مالك «رحمه[5] الله » وجوبه،واتيان القارن بطوافين[6] وسعيين مراعاة لخلاف أبي حنيفة «رحمه[7] الله »،والموالاة بين الطواف والسعي لأن مالكا (رحمه[8] الله) يوجبها وكذلك التنزه عن بيع العينة ونحوه » من[9] «العقود المختلف فيها . وأصل هذا الاحتياط قول الشافعي «رضي الله[10] عنه » في مختصر المزني:فاما أنا فأحب أن لا أقصر في أقل من ثلاثة أيام احتياطا على نفسي.قال الماوردي أفتى بما قامت الدلالة عنده عليه أي من مرحلتين ثم احتاط لنفسه اختيارا لها،وقال القاضي أبو الطيب أراد خلاف أبي حنيفة «رضي الله[11] عنه » وهو كقوله في

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (بخلاف) .
(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) في (د) «بطرابين وتعيين » .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (بين) .
(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) .
(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الصلاة خلف المريض القاعد قائما الأفضل أن يستخلف صحيحا يصلي بهم حتى يخرج من الخلاف وكقوله إذا حلف فالأفضل أن لا يكفر بالمال إلا بعد الحنث ليخرج من الخلاف وقد أورد عليه أن من العلماء من شرط للقصر أكثر من ثلاثة أيام ولياليهن فكان ينبغي اعتباره والجواب ضعف دليل الزيادة عليها وقوة دليلها . ومن هنا كان الصوم أفضل للمسافر إن لم يتضرر « به »[1] وإن كانت الظاهرية لا يرونه جائزا إذ لا يعتبر خلافهم فيما ضعف مأخذه وأما قول القاضي الحسين أن الشافعي « رضي الله[2] عنه » أعتبر خلاف « داود »[3] في الكتابة في الجمع بين القوة والأمانة فقد « غلطه »[4] فيه ابن الرفعة فإن داود لم يدرك زمن الشافعي « رضوان الله[5] تعالى عليه » . قلت : إنما أراد « داود بن عبد[6] الرحمن العطار » « أحد أشياخ » الامام[7] الشافعي « رحمه[8] الله » سمعت ذلك « عن »[9] بعض الأشياخ .

سؤال :

«لم اعتبرتم »[10] الخلاف وان وهى على رأي ضعيف في مسألة عطاء في

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

(٢) في (ب) رحمه الله وساقطة من (د) .

(٣) هو داود بن علي بن داود بن خلف الأصفهاني وكنيته ابو سليمان وهو أول من استعمل قول الظاهر وأخذ بالكتاب والسنة وألغى ما سوى ذلك من الرأي والقياس وكان فاضلا صادقا ورعا توفي سنة سبعين ومائتين له مؤلفات كثيرة منها كتاب الايضاح وكتاب الدعوى والبيانات وغيرها انظر الفهرست لابن النديم ص٣١٧ الى ٣١٩ .

(٤) في (ب) غلط

(٥) في (ب) ، (د) «رضي الله عنه »

(٦) هو داود بن عبد الرحمن العطار كان أبوه نصرانيا وكان رجلا من أهل الشام وكان يتطبب ،قدم مكة فنزلها وولد له بها أولاد فأسلموا وكان يعلمهم الكتاب والقرآن والفقه ووالى آل جبير بن مطعم ولد داود سنة المائة وكان كثير الحديث توفي سنة أربع وتسعين ومائة وقد ذكره ابن سعد في الطبقة الخامسة ممن روى عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انظر طبقات ابن سعد جـ٥ ص٤٥٨ دار بيروت للطباعة والنشر .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) ، (د) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) في (ب) و (د) «من » .

(١٠) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لم لا اعتبرتم) .

اباحة الجواري فلم توجبوا الحد على وجه ولم تعتبروا خلاف أبي حنيفة « رضي الله[1] عنه » في القتل بالمثقل بل أوجبتم القصاص جزماً فهلا أجريتم خلافا كما أجريتم في مسألة عطاء والحدود تدرأ بالشبهات .

وأجاب بعض من لا تحقيق عنده بأن عطاء أجل من المخالفين في مسألة المثقل،فمن ثَمّ اعتبر على رأي وان ضعف وهذا جواب بالجاة فإنا لا ننظر الى القائلين وانما ننظر الى الأقوال ومآخذها .

« وانما[2] الجواب » ان أبا حنيفة « رحمه[3] الله » لم يقل بحل قتل الناس بعضهم بعضا بالمثقل بل هو عنده عظيم من الوزر وانما خالف في وجوب القصاص به وعطاء أباح الجواري بالعارية فلو أباح أبو حنيفة «رحمه[4] الله » في المثقل ما أباحه عطاء في الجواري لروعي خلافه وإنما هو موافق لنا على التحريم ومن علم حرمةَ شيء مما يجب فيه الحد وجهل وجوب الحد لم ينفعه جهله بالحد بخلاف من جهل الحرمة أو ينازع فيها .

فائــدة :

قالوا يجب الحد في نكاح المتعة ان صح رجـوع «ابـن عبـاس[5] رضي الله

---

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) في (د) «والجواب » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) في الأصل و(د) ابن عباس فقط أي لم تذكر الجملة الدعائية في الأصل و(د) وذكرت في (ب) وابن عباس هو ابو العباس عبد الله بن العباس بن عبد المطلب بن هاشم بن عبد مناف رضي الله عنه ابن عم رسول الله صلى الله عليه وسلم توفي رسول الله صلى الله عليه وسلم ولابن عباس رضي الله عنهما من العمر ثلاث عشرة سنة دعا له النبي صلى الله عليه وسلم بقوله اللهم فقهه في الدين .
وكان عمر بن الخطاب رضي الله عنه يعده من كبار الصحابة وكان ابن عمر رضي الله عنهما يقول: ابن عباس ترجمان القرآن اخذ عنه الفقه جماعة كثيرون منهم عطاء بن رباح وطاووس ومجاهد وسعد ابن جبير وغيرهم سيرته معروفة توفي رضي الله عنه بالطائف سنة ثمان وستين وهـو ابـن احـدى وسبعين سنة أنظر طبقات الشيرازي ص١٨ ، ١٩ صفوة الصفوة حـ١ ص٣١٤ الى ص٣١٩ .

عنهما » لحصول الاجماع واستشكله الرافعي من جهة انهم نقلوا عن «زفر »[1] «رحمه الله »[2] أنه ألغى التأقيت وصحح النكاح مؤ بدا فيسقط الحد لذلك ويعضده أنه صح ذلك عن غير ابن عباس من السلف «رضي الله[3] عنهم » ولم ينقل عنه الرجوع فان لم نصحح رجوع ابن عباس «رضي الله عنهما »[4] فقد أجمعوا بعده على بطلانها.فإن قلنا انه اذا اختلف أهل عصر في مسألة على قولين ثم اتفق من بعدهم أن ذلك يصير مجمعا عليه (وجب)[5] الحد والا فلا كالوطء[6] في سائر الأنكحة المختلف فيها وهو الأصح .

وقد يقال في الجزم بوجوب الحد عليه على القول الأول نظر فان الخلاف في المسألة محقق وان ادعى الأول نفيه.وفي فتاوى القفال اذا أذن «الراهن »[7] للمرتهن في وطء المرهونة فوطئها عالما بالتحريم قيل لا يحد لخلاف عطاء . والصحيح وجوبه فقيل ان هذا يبطل «بنكاح »[8] المتعة فانه لا يجب الحد بالوطء فيه وان لم يكن به قائل اليوم فقال لا يصح لأنه كان يقول به قوم من بعد الخلاف في الزمن الأول والأخبار فيه كثيرة بخلاف هذا . قيل له : فما [9] الفرق بين النكاح بلا ولي وبين شرب المسكر حيث أُوجب الحد هناك ولم يوجب ها هنا فقال:لأن الخلاف

---

(١) هو ابو الهذيل زفر بن الهذيل بن قيس من بني العنبر وهو صاحب الامام ابي حنيفة رحمه الله ولد زفر سنة عشر ومائة من الهجرة جمع في حياته بين العلم والعبادة كان من أصحاب الحديث لكنه غلب عليه الرأي فكان بذلك أقيس أصحاب ابي حنيفة توفي سنة ثمان وخمسين ومائة من الهجرة أنظر طبقات الشيرازي ص١٣٥ المعجم جـ١ ص٢٢٩ طبقات ابن سعد جـ٦ ص٣١٧ الفهرست لابن النديم ص٢٩٩ مطبعة الاستقامة .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل «ووجب » .

(٦) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (كوطى) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (نكاح) .

(٩) في (ب) ، (د) (ما)

هناك وقع في الحد والخلاف في الحد لا يسقط الحد كما ان الخلاف في الشيء المسروق لا يمنع وجوب القطع ولا نظر الى الخلاف كذا هاهنا والخلاف في النكاح بلا ولي وقع في اباحة ذلك الوطء وفي انعقاد النكاح قيل له وكذلك هاهنا وقع الخلاف في أن شربه مباح أم لا فعندنا لا وعند أبي حنيفة «رحمه الله»[1] مباح فلم ينفصل عنه بشيء .

وكتب الشيخ الامام « دوير »[2] الكرخي على الحاشية جوابا عن هذا الاشكال فقال : حد الخمر للجناية على العقل المفضية إلى المفاسد والقليل يدعو إلى الكثرة المفسدة فزجر عنه تأكيدا وهو أمر حسي كما في الخمر وحد الزنى لافساد الفرش في موضع « اتيان »[3] الأمة وذلك حكم لم يثبت ها هنا مع إجازة بعض العلماء مضافا إلى الشرع بالدليل فلذلك « سقط »[4] « ولهذا » لا[5] يمنع الشهادة .

الثاني :

اذا وقع الخلاف في وجوب شيء فأتى به من لا يعتقد وجوبه احتياطا كالحنفي ينوي في الوضوء ويبسمل في الصلاة فهل يخرج من الخلاف وتصير العبادة منه صحيحه بالاجماع ؟

قال «الاستاذ أبو اسحاق[6] الاسفراييني» لا يخرج به عن الخلاف لأنه لم

---

(١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « زوير » .

(٣) في (ب) (اتفاق) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لسقط) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ؛ (د) وساقطة من الأصل .

(٦) هو الاستاذ ابو اسحاق ركن الدين ابراهيم ابن محمد ابن ابراهيم ابن مهران الاسفراييني أحد أئمة الدين كلاما وأصولا وفروعا جمع اشتات العلوم واتفقت على تبجيله من تصانيفه الجامع في أصول =

يأت به على اعتقاد وجوبه ومن اقتدى بـ « ممن يخالفه »[1] لا تكون صلاته صحيحة بالاجماع وقال الجمهور بل يخرج لأجل وجود الفعل وعلى هذا فلو كان هناك حنفي هذا حاله وآخر يعتقد وجوبه فالصلاة خلف الثاني أفضل لأنه لا يخرج بالأول عن الخلاف بالاجماع فلو قلد فيه « فكذلك »[2] للخلاف في امتناع التقليد .

فإن قيل هل من طريق في الخروج من الخلاف في الصلاة بالاجماع .

قلت قد علمت أن الإتيان به من غير اعتقاد ايجابه لا يكفي على رأي وتقليد من يرى الوجوب «فيه »[3] واعتقاد « حقيقته »[4] لا يكفي أيضا لأن في الانتقال من المذاهب خلافاً فالأولى أن يقدر فعل ذلك ليقع واجبا ولو مسح الشافعي جميع رأسه في الوضوء وصلى خلفه المالكي فالظاهر أنه يخرج من الخلاف ولا يجري فيه خلاف ابي اسحاق لأمرين .

أحدهما : أنه اذا مسح الجميع يقع واجبا على رأي عندنا .

الثاني: أن « الامام »[5] الشافعي «رضي الله[6] عنه » «بدأ »[7] في «نبية »[8] الوضوء باجماع وهذه النية اقتضت عند مالك «رحمه[9] الله » وجوب مسح الرأس فوقع مسح

= الدين والرد على الملحدين ومسائل الدور وتعليقة في أصول الفقه توفي يوم عاشوراء سنة ثماني عشرة واربع مائة انظر طبقات ابن السبكي جـ٣ ص١١١ ، ١١٢ شذرات الذهب جـ٣ ص٢٠٩ طبقات الشيرازي ص١٠٦ ، البداية والنهاية جـ١٢ ص٢٤ .

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (من مخالفيه) .

(٢) في (د) (بذلك) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (ب) حقيته) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٦) في (ب) «رحمه الله » وساقطة من (د) .

(٧) في (د) (يرى) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (نية) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

الرأس بنية واجبة لأن تفصيل النية عند كل عضو «غير »[1] واجب لدخوله في النية المطلقة فظهر أنه اذا مسح جميع رأسه خرج من خلاف مالك «رحمه[2] الله » وان اعتقد الندب في مسح جميع الرأس .

« نعم »[3] ينبغي أن يمسح الجميع بنية مطلقة ليخرج من الخلاف،فإن مسح بنية الندب كان صارفا عن وقوعه عن الايجاب عند مالك «رحمه الله »[4] .

واعلم أن كلام القفال يقتضي موافقة الاستاذ فانه قال في فتاويه اختياري أن أوتر بركعة . فإن قيل ينبغي أن يوتر بثلاث ليخرج من الخلاف ويكون احتياطا كما قال الشافعي «رحمه الله »[5] في القصر في «ثلاث »[6] .

قلنا،هذا لا يشبه ذاك لأنه اذا أوتر بثلاث وقعد في «الثانية »[7] للتشهد كما يقول أبو حنيفة «رحمه الله »[8] لا يكون ذلك خروجا من الخلاف لأنه انما ينوى به التطوع وان اتفق الفعلان وعند ابي حنيفه « رحمه الله »[9] لا يؤدي الوتر بنية التطوع وان نوى بتلك الصلاة الوتر فقط لا يكون أيضا خروجا بالاتفاق لأن اعتقاد الشافعي أن الوتر ليس بواجب وهو وإن نوى الوتر لا يكون (تاما يخرج به من الخلاف لتضاد الاعتقاد وفيما دون ثلاث مراحل الاتمام)[10] أولى من القصر لأن ذلك ينبني على أصل،وإذا بلغ ثلاث مراحل حينئذ نأمره بالقصر فينتقل من حكم الأصل بيقين .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) من الأصل .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصلا (فوقع نعم) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل (ثلاثة) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (الثالثة) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) ، (د) .

الثالث :

أن الانكار من المنكر انما يكون فيما « اجتمع »[1] عليه فاما المختلف فيه فلا انكار فيه لأن كل مجتهد مصيب، أو المصيب واحد ولا نعلمه، ولم يزل « الخلاف »[2] بين السلف في الفروع ولا ينكر أحد على غيره مجتهدا فيه وانما ينكرون ما خالف نصا أو اجماعا قطعيا أو قياسا جليا وهذا اذا كان الفاعل لا يرى تحريمه فان كان يراه فالأصح الانكار كما قاله الرافعي في الوليمة .

فان قيل فلو شرب الحنفي النبيذ حَدَدْناه وأي انكار أعظم من الحد، قلنا: لأن الحد الى الامام فاعتبر فيه عقيدته والانكار «يعتمده »[3] عقيدة الفاعل ولهذا لم ترد شهادته .

الرابع :

قد يرتكب في المناظرة الخلاف لأنه موضع ضرورة وقد يكون صاحبه في مهلة النظر فلا ينبغي نقله الا اذا تحقق استقراره عليه ومن ثم لم يحسن نقل الرافعي وغيره وجها في صوم النفل بعد الأكل قبل الزوال عن أبي زيد فانه انما قال ذلك في مجلس « المرافعة »[4] ، كما حكاه القاضي الحسين وغيره ، وكذلك نَقْله عن «أبي يعقوب[5] الأبيوردي » جواز طواف الوداع بغير طهارة ، قال الامام ، وانما قال هذا

(١) في (ب) (اجمع) .

(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الحلف) .

(٣) في (د) (يعتمد) .

(٤) في (د) (المتابعة) .

(٥) هو أبو يعقوب يوسف بن محمد الأبيوردي أخذ عن أبي طاهر الزبادى ، وأخذ عنه الشيخ أبو محمد الجويني له تصانيف منها كتاب المسائل في الفقه الذي جذب اليه الفقهاء ـ توفي رحمه الله تعالى في حدود الأربعمائة، كما في طبقات الامام السبكي وهدية العارفين ـ أما الأسنوي فقد ذكر أنه لم يقف له على تاريخ وفاة ـ انظر طبقات ابن السبكي جـ٥ ص٣٦٢ ـ هدية العارفين جـ٢ ص٥٥٠ ـ طبقات ابن هداية الله ص٣٩ طبقات العبادي ص١٠٩ ـ طبقات الاسنوي جـ١ ص٦٠ ـ ٦١

من حيث « انه »[١] ألزم وقيل له : لو جاز جبر طواف «الوداع[٢] بالدم » لجاز جبر الطهارة «به »[٣] كالدم فارتكبه ، وقال يجبر بالدم ، وهذا غلط ، فان الجبر للطواف لا للطهارة ، ويشهد لذلك أيضا قول الأصحاب أن المنصور في الخلاف أن الخلع فسخ ، وان كان المذهب أنه طلاق .

الخامس :

ذكر «ابن هبيرة »[٤] في مسائل الاجماع أنه «قد »[٥] يتعذر الخروج من الخلاف ، كما في البسملة فان الجهر بها عند الشافعي «رحمه[٦] الله » هو السنة (وعند أبي حنيفة «رحمه الله» وأحمد « رحمه الله» الاسرار هو السنة)[٧] ، وعند مالك «رحمه[٨] الله » الترك بالكلية ، وقد يقال اذا كان المنع مع الأكثر كان هو الأولى ، هذا في المقلد ، فأما المجتهد فمع اجتهاده ، قال على أن المجتهد اليوم لا يتصور لاجتهاده في هذه المسائل التي قد تحررت في المذاهب ثمرة [٩] ، لأن الفقهاء « رحمهم[١٠] الله » المتقدمين قد فرغوا من ذلك وأتوا بمبالغ الأقسام لها فلا يؤدي إجتهاد المجتهد ، الا الى مثل مذهب واحد منهم انتهى .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٢) في (د) ذكر كلام بعد كلمة (الوداع) وقبل كلمة (بالدم) ، وهذا الكلام كان قد سبق ذكره ولكن الناسخ أشكل عليه الأمر فأعاده بين هاتين الكلمتين ووضع على بعضه خطوطا فما جاء في (د) هو (الوداع بغير طهارة ، قال الامام وإنما قال هذا من حيث أنه لزم وقيل لو جبر طواف الوداع بالدم) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) «ابن أبي هبيرة » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب) .

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل (ثمده) وفي (د) مستمرة .

(١٠) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

ومن هذا «أيضا[1] » قال الشيخ عز الدين قد يتعذر الورع على الحاكم في مسائل الخلاف ، كما اذا كان ليتيم على يتيم حق مختلف في وجوبه ، فلا «يمكنه »[2] الصلح ههنا « اذ[3] لا » يجوز المسامحة بمال أحدهما ، وعلى الحاكم التورط في الخلاف ، وكذلك حكم الأب والوصي .

السادس :

اذا اختلفت الروايات في ايقاع العبادات على اوجه متعددة فمن العلماء (رحمهم[4] الله)من سلك طريقة الترجيح باختيار « أحدهما »[5] ، وهي طريقة « الامام »[6] الشافعي « رحمه[7] الله » غالبا .

ومنهم من سلك طريقة الجمع بفعلها في أوقات ويرى ان الاختلاف من الجنس المباح ، وهو رأى ابن سريج ، ولذلك أمثلة :

منها « الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح »[8] ، ورجح الشافعي « رحمه الله »[9] « حديث التوجه »[10] لموافقته للقرآن .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) ساقطة من الأصل

(٢) في (ب) و (د) «يمكن » .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « إلا » .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « أحدهما » .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) الأحاديث الواردة في دعاء الاستفتاح كثيرة ـ أنظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٥ ص ٩٦ ـ ٩٧ وصحيح الترمذي جـ ٢ ص ٤٠ ـ ٤١ ـ ٤٢ ـ وسنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد علي جـ ١ ص ١٧٦ ـ ١٧٩ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٢٦٤ ـ ٢٦٥ ـ وسنن النسائي جـ ٢ ص ١٣٢ والمستدرك جـ ١ ص ٢٣٥ .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) حديث التوجه أخرجه أبو داود في سننه باللفظ التالي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه « قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا قام إلى الصلاة كبر ، ثم قال وجهت وجهي للذي فطر السموات

ومنها « أحاديث[1] التشهد » ورجح » الامام[2] « الشافعي » رحمه الله »[3] « أحاديث ابن عباس[4] » ، لموافقته للقرآن ، ولأن الحكم للأحد ث .

ومنها كيفية قبض أصابع اليمنى على الركبة في التشهد « فيه أوجه »[5] لاختلاف « الأحاديث »[6] ، « وأصحها أنه يضعها تحت المسبحة ، كأنه عاقد ثلاثا[7] وخمسين ، ثم قال ابن الصباغ وغيره : وكيف ما فعل من هذه الهيئات ،

= والأرض حنيفاً مسلماً وما أنا من المشركين « الخ الحديث - انظر سنن أبي داود بتعليقات الشيخ أحمد سعد على جـ ١ ص ١٧٥ - وهذه الرواية موافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٧٩ « إني وجهت وجهي للذي فطر السموات والأرض حنيفاً وما أنا من المشركين » .

وانظر سنن النسائي فيما يتعلق بالتوجه جـ ٢ ص ١٣٠ - وانظر فيما يتعلق بالتوجه وغيره نيل الأوطار للشوكاني الطبعة الثانية جـ ٢ ص ١٩٧ - ٢٠٢ وأيضاً أنظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان فيما يتعلق بالتوجه وغيره من الدعاء جـ ٣ ص ١٩٦ - ٢٠٣ الطبعة الأولى .

(١) أحاديث التشهد أخرجها مسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه وغيرهم بعدة طرق انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ١١٥ - ١١٩ - وصحيح الترمذي حـ ٢ ص ٨٣ - ٨٥ وسنن أبي داود بشرح المنهل العذب حـ ٦ ص ٧٠ - ٨٣ وسنن ابن ماجه حـ ١ ص ٢٩٠ - ٢٩١ - ٢٩٢ .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) أحاديث ابن عباس الأحاديث التي رويت عن ابن عباس رضي الله عنهما في هذا المقام كثيرة ونحن نكتفي بما جاء في صحيح مسلم ، ففي صحيح مسلم عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال « كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يعلمنا التشهد كما يعلمنا السورة من القرآن فكان يقول التحيات المباركات الصلوات الطيبات لله السلام عليك أيها النبي ورحمة الله وبركاته السلام علينا وعلى عباد الله الصالحين أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله » - انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٤ ص ١١٨ - ١١٩ - ورواية ابن عباس هذه هي الموافقة للقرآن في قوله تعالى في سورة النور الآية رقم ٦١ « فإذا دخلتم بيوتاً فسلموا على أنفسكم تحية من عند الله مباركة طيبة » ، كما قاله النووي في شرح مسلم حـ ٤ ص ١١٥ .

(٥) في (د) (فتردد فيه) .

(٦) الأحاديث الواردة في هذا المقام كثيرة - انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٥ ص ٧٩ إلى ٨٢ وسنن ابن ماجه حـ ١ ص ٢٩٥ - وسنن النسائي حـ ٢ ص ٢٣٦ - ٢٣٧ وحـ ٣ ص ٣٦ - ٣٧ .

(٧) جاء هذا في رواية عن ابن عمر أخرجها مسلم في صحيحه وهي عن ابن عمر (أن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان إذا قعد في التشهد وضع يده اليسرى على ركبته اليسرى ووضع يده اليمنى على ركبته اليمنى وعقد ثلاثة وخمسين وأشار بالسبابة - انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٥ ص ٨٠ .

فقد أتى بالسنة ، لأن الأخبار قد[1] وردت بها جميعا وكأنه صلى الله عليه وسلم كان يصنع هكذا مرة وهكذا مرة ، كذا نقله الرافعي ونقله ابن يونس في شرح الوجيز عن المحققين .

ومنها الجمع في اجابة المؤذن بين الحيعلة والحوقلة عملا « بحديث التفصيل »[2] « والاطلاق »[3] ، « لكن » الامام[4] « الشافعي » رحمه الله »[5] أخذ بحديث التفصيل »[6] ، لأنه مفسر مبين وهو قاض على « المجمل »[7] .

ومنها الخلاف في تثنية الأذان وافراد الاقامة نقل الماوردي عن ابن سريج انه من الاختلاف في المباح ، وليس بعضه أولى من بعض ، ثم قال وهذا قول « منطرح »[8] باجماع المتقدمين على أن الخلاف في أولاه وأفضله ونقل البيهقي عن

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (وردت قد) .

(٢) حديث التفصيل أخرجه مسلم وغيره ، ففي صحيح مسلم جاء ما يلي عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « إذا قال المؤذن الله أكبر الله أكبر فقال أحدكم الله أكبر الله أكبر ثم قال أشهد أن لا إله إلا الله قال أشهد أن لا إله إلا الله ثم قال أشهد أن محمداً رسول الله قال أشهد أن محمداً رسول الله ثم قال حي على الصلاة قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال حي على الفلاح قال لا حول ولا قوة إلا بالله ثم قال الله أكبر الله أكبر قال الله أكبر الله أكبر ثم قال لا إله إلا الله قال لا إله إلا الله من قلبه دخل الجنة انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ٨٥ ـ ٨٦ ـ وانظر ما جاء في صحيح البخاري حـ ٢ ص ٧٤ ـ وانظر سنن أبي داود حـ ٤ ص ١٩٩ ـ ٢٠٠ ـ والنسائي حـ ٢ ص ٢٣ ـ ٢٥ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) وأحاديث الإطلاق أخرجها البخاري ومسلم ، ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٢ ص ٧٢ جاء ما يلي عن أبي سعيد الخدري أن رسول الله صلى الله عليه وسلم « قال إذا سمعتم النداء فقولوا مثل ما يقول المؤذن » . وهذه الرواية أيضاً في صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٤ ص ٨٤ و٨٥ .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٦) الكلام المشار إليه في القوسين ، والذي يبدأ بكلمة (لكن) وينتهي بكلمة (التفصيل) ساقط من (د) .

(٧) في (ب) (المجمل) .

(٨) في (ب) « مطرح » وفي (د) « مصرح » .

« ابن خزيمة »[1] نحو ما قاله ابن سريج .

ومنها الاختلاف في سجود السهو قبل السلام « وبعده »[2] ، ورجع الشافعي « رحمه الله »[3] قبل السلام ، لأنه أحدث الأمرين وفي موضع جمع بينهما ، فحمل ما قبله على ما اذا كان بنقص وبعده على ما اذا كان بزيادة وحمل اختلاف الروايات عليه .

ومنها صلاة الخوف في الأنواع المشهورة ، ونزلها الشافعي « رحمه الله »[4] على كون العدو في جهة القبلة تارة ، وعلى « ما اذا »[5] « لم يكن » أخرى[6] وأخذ في صلاة ذات[7] الرقاع « برواية سهل »[8] وقدمها على رواية ابن[9] عمر لأنها أحوط

(١) هو أبو بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة الملقب بإمام الأئمة - ولد في صفر سنة ثلاث وعشرين ومائتين - تفقه على الربيع - توفي في ثاني ذي القعدة سنة إحدى عشرة وثلاثمائة - انظر طبقات ابن السبكي حـ ٣ ص ١٠٩ - طبقات الشيرازي ص ١٠٥ العبر حـ ٢ ص ١٤٩ .

(٢) في (د) « أو بعده » .

(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إذا ما » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (في باب صلاة الرقاع) .

(٨) رواية سهل أخرجها البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود والنسائي ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٧ ص ٣٤٠ و٣٤١ جاء ما يلي (عن سهل بن أبي حثمة قال يقوم الإمام مستقبل القبلة وطائفة منهم معه وطائفة من قبل العدو وجوههم إلى العدو فيصلي بالذين معه ركعة ثم يقومون فيركعون لأنفسهم ركعة ويسجدون سجدتين في مكانهم ثم يذهب هؤلاء إلى مقام أولئك فيركع بهم ركعة فله ثنتان ثم يركعون ويسجدون سجدتين (هذا ما ورد في البخاري وأيضاً انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٦ ص ١٢٨ وسنن الترمذي حـ ٣ ص ٤٤ - وسنن أبي داود حـ ٧ ص ١٠٤ و١٠٥ - (المنهل العذب) وسنن النسائي حـ ٣ ص ١٧٠ ، ١٧١ .

(٩) رواية ابن عمر أخرجها البخاري وغيره ففي صحيح البخاري فتح الباري حـ ٢ ص ٣٤٤ وحـ ٧ ص ٣٤٢ جاء ما يلي (عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال غزوت مع رسول الله صلى الله عليه وسلم قبل نجد فوازينا العدو فصاففنا لهم فقام رسول الله صلى الله عليه وسلم يصلي لنا فقامت طائفة معه تصلي وأقبلت طائفة على العدو وركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم إنصرفوا مكان الطائفة التي لم تصل فجاؤ وا فركع رسول الله صلى الله عليه وسلم بهم ركعة وسجد سجدتين ثم سلم فقام كل واحد منهم فركع لنفسه ركعة وسجد سجدتين) هذا وانظر

للحرب وأقل مخالفة لقاعدة الصلاة .

ومنها عدد التكبيرات في صلاة الجنازة ، قال ابن سريج ما ورد من الزيادة عليها من الاختلاف المباح ، والجميع سائغ ، وخالفه الجمهور وقالوا كان فيه خلاف في الصدر الأول ، ثم انعقد الاجماع على الأربع.نعم ، لو خمس عمداً لم تبطل في الأصح ، « لثبوتها في صحيح مسلم »[1] ، وهو ظاهر اذا فعله عن اجتهاد أو تقليد ، والا فيبطل ، لأنه كالعابث .

ومنها « قوله »[2] اللهم اني ظلمت نفسي ظلما كثيرا بالثاء المثلثة ، ويروى « بالباء[3] الموحدة » ، قال النووي وينبغي الجمع بينهما وهو بعيد ، بل الأولى تنزيله على اختلاف الأوقات ، فتقول هذا مرة وهذا مرة .

* الخيار يتعلق به مباحث *

الأول :

شرع لدفع الغبن ، وهو اما لدفع ضرر متوقع ، وهو خيار المجلس والشرط ، فانهما انما ثبتا[4] لضرر يتوقع العاقد حصوله فيستدركه في مجلس العقد أو مدة الخيار ويتخلص منه .

= صحيح مسلم حـ ٦ ص ١٢٤ - ١٢٥ - والترمذي حـ ٣ ص ٤٢ - ٤٣ وسنن أبي داود (المنهل العذب) حـ ٧ ص ١١٦ - ١١٧ - والنسائي حـ ٣ ص ١٧١ - ١٧٢ .

(١) في صحيح مسلم عن عبد الرحمن بن أبي ليلى قال كان زيد يكبر على جنائزنا أربعاً وأنه كبر على جنازة خمساً فسألته فقال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يكبرها انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ ٧ ص ٢٦ وهذه الرواية أيضاً في سنن ابن ماجه وفيه أيضاً رواية أخرى في هذا الشأن عن كثير ابن عبد الله عن أبيه عن جده انظر سنن ابن ماجه جـ ١ ص ٤٨٢ ،ن ٤٨٣ وهي أيضاً في السنن الكبرى للبيهقي جـ ٤ ص ٣٦ .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قول » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « بالموحدة » .

(٤) في (د) « قلنا » .

واما لدفع ضرر واقع كخيار العيب والشفعة وخلف الشرط ، وخيار عيوب النكاح ونحوه .

ثم الخيار ان كان مقدرا من جهة الشارع ، كخيار المجلس والشرط بثلاثة أيام وخيار التصرية ، اذا قدرناه بها فلا يوصف بفور ولا بتراخ .

وإما أن لا يقدر ، والضابط فيه ، اما أن يكون في تأخير الاختيار ضرر على « من يقابله »(١) ، فهو على الفور ، والا فهو على التراخي ، وهو ينقسم الى أربعة أقسام :

احدها :

الاجارة ، كما اذا استأجر أرضا لزراعة فانقطع ماؤها ثبت الخيار للعيب ، قال الماوردي : وهو على التراخي ، لأن سببه تعذر نقض المنفعة وذلك يتكرر بمرور الزمان ويوافقه قول الرافعي ، لو أجاز ثم بدا له مكن من الفسخ ان كان يرجو زواله ، وقد غلط في هذه المسألة جماعة ، فأفتوا بأن خيار المستأجر ، اذا وجد عيبا على الفور كالرد بالعيب منهم (ابن الجميزي)(٢) (وابن السكري)(٣) .

---

(١) في (د) (مقابلة) .

(٢) هو بهاء الدين أبو الحسن علي بن أبي الفضائل هبة الله بن سلامة اللخمي الشهير بابن الجميز بجيم مضمومة وميم مشددة مفتوحة ـ ولد بمصر يوم عيد الأضحى سنة تسع وخمسين وخمسمائة وحفظ القرآن وهو ابن عشر سنين وقرأ الروايات على الشاطبي وتفقه على العراقي شارح المهذب والشهاب الطوسي ـ توفي رحمه الله بمصر في الرابع والعشرين من ذي الحجة سنة تسع وأربعين وستمائة عن تسعين سنة ـ انظر طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ١٢٧ ـ العبر جـ ٦ ص ٢٠٣ ـ النجوم الزاهرة جـ ٧ ص ٢٤ ـ حسن المحاضرة ، جـ ١ ص ١٧٣ .

(٣) هو عماد الدين عبد الرحمن بن عبد العلي المعروف بابن السكري هكذا في طبقات الأسنوي وابن السبكي والعبر أما في غيرها ككتاب رفع الأصر فقد ورد اسمه هكذا وهو عبد الرحمن بن محمد بن عبد العلي بن علي ولد بمصر سنة ثلاث وخمسين وخمسمائة تفقه على الشيخ شهاب الدين الطوسي وله مصنف في الدور وحواشي على الوسيط توفي في شوال سنة أربع وعشرين وستمائة كما قاله الذهبي ـ انظر العبر حـ ٥ ص ٩٩ ـ رفع الأصر حـ ٢ ص ٣٣٩ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ١٣ ـ طبقات الأسنوي حـ ٢ ص ٦٧ .

الثانية :

كل مقبوض عما في الذمة من سلم أو كتابة اذا قبضه فوجده معيبا قال الامام ان قلنا بملكه بالرضا ، فلا شك أن الرد (ليس)[1] على الفور ، وأن الملك موقوف على الرضا ، وان قلنا يملك بالقبض فيحتمل أن يقال الرد على الفور ، كما في شراء الأعيان والأوجه المنع ، لأنه ليس « معقودا »[2] عليه ، وانما يثبت الفور فيما يؤدي رده الى رفع العقد ابقاء للعقد .

ومما يجب على الفور خيار النقيصة والخلف واذا شرط الرهن والضمين فلم يف به وكذا العتق في العبد المبيع ولم يف وقلنا العتق حق للبائع وفي « صور »[3] تفريق الصفقة اذا أثبتنا فيه الخيار .

الثاني :

ما هو على التراخي قطعا كخيار الوالد في الرجوع،وخيار من أبهم الطلاق بين زوجتيه « أو العتق »[4] بين أمتيه،وخيار التعيين لمن أسلم على الزائد على العدد الشرعي،وخيار امرأة المولي،وامرأة المعسر بالنفقة،وخيار أحد الزوجين اذا « تشطر »[5] الصداق،وهو زائدٌ زيادة متصلة أو ناقصٌ،في الرجوع الى نصفه « أو الى نصف[6] قيمته،وخيار المشتري اذا أبق العبد قبل قبضه قاله « صاحب العدة »[7]

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (معقود) وفي (د) (بمعقود) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (ضرر) وفي (د) (صورة) .

(٤) في (د) (والعتق) .

(٥) في (د) (شرط) .

(٦) في (د) (أو زاد نصف) .

(٧) تذكر كتب التراجم اثنين من فقهاء الشافعية يطلق على كل واحد منهما أنه صاحب العدة أحدهما : أبو المكارم الروياني وهو ابن أخت صاحب البحر نقل عنه الرافعي في مواضع قال الأسنوي لم أقف له على تاريخ وفاة وقال صاحب كشف الظنون أنه توفي سنة ثلاث وعشرين وخمس مائة انظر طبقات الأسنوي حـ ١ ص ٥٦٧ كشف الظنون حـ ٢ ص ١١٢٩ .

وتخيير ولي الدم بين العفو والقصاص .

الثالث

ما فيه خلاف والأصح أنه على الفور كخيار تلقى الركبان والبائع في الرجوع لعين متاعه بافلاس المشتري والأخذ بالشفعة والفسخ بعيب النكاح وخيار الخلف في النكاح وخيار الغرور والفسخ بالاعسار بالمهر .

الرابع :

ما فيه خلاف والأصح أنه على التراخي كخيار السلم اذا انقطع المسلم فيه عند مَحِلّه لجائحة وفيه وجه في التتمة وخيار الرؤ ية اذا جوزنا بيع الغائب عند امتداد مجلس الرؤ ية .

البحث الثاني :

مدة الخيار في العقد هل تجعل كابتدائه؟هو ضربان :

أحدهما :

في العقد الصحيح فيلحق به كما اذا زاد في الثمن « أو المثمن[1] أو [2] شرط الخيار أو الاجل « او قدرهما »[3] على الأصح لأن العقد غير مستقر ولأن مجلس العقد

= ثانيهما : أبو عبد الله الحسين بن علي بن الحسين وكتابه العدة كتاب نادر الوجود ويقع في خمسة أجزاء أما وفاته ففيها خلاف فقيل إنه توفي في العشر الأخير من شعبان سنة ثمان وتسعين وأربعمائة وقيل سنة خمس وتسعين وأربعمائة وبعضهم يقول سنة تسع وتسعين وأربعمائة انظر طبقات ابن السبكي حـ ٤ ص ٣٤٩ طبقات الأسنوي حـ ١ ص ٥٦٧ إلى ص ٥٦٩ وأيضاً حـ ٢ ص ١٩٢ والعبر حـ ٣ ص ٣٥١ شذرات الذهب حـ ٣ ص ٤٠٨ هدية العارفين حـ ١ ص ٥١٨ طبقات ابن هداية الله ص ٦٦ .

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (والمثمن) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (في) .

(٣) في (ب) (أو قدرها) .

كنفس العقد اذ يصح فيه تعيين رأس مال السلم والعوض في عقد الصرف .

ومنه لو ألحق بالعقد شرطا فاسدا في مدة الخيار فعلى الخلاف والأصح أنه يفسد العقد كالمقارن له .

ومنه اذا « أطلقا »[1] عقد السلم فانه يحمل على الحلول فلو اتفقا على التأجيل في المجلس جاز « على »[2] الأصح وكذا لو عقداه مؤجلا ثم ان أسقطا في المجلس صار حالا .

الثاني :

العقد الفاسد لاقتران شرط به لو « حذفاه »[3] في المجلس لم ينقلب العقد صحيحا في الأصح لأن العقد الفاسد لا عبرة به فلا يكون لمجلسه حكم وكما لو كان له في ذمة الغير دراهم فقال أسلمت اليك الدراهم التي في ذمتك في كذا فان شرط فيه الأجل كان باطلا لأنه بيع الدين بالدين « وكذلك ان كان حالا »[4] ولم يقبض المسلم فيه قبل التفرق وان أحضره في مجلس العقد « وسلمه »[5] فوجهان : أحدهما يصح كما لو صالح من تلك الدراهم على دنانير وسلمها في المجلس وأصحهما : المنع لأن قبض المسلم فيه ليس بشرط كما أنه لو باع طعاما بطعام الى أجل ثم تبرعا بالاحضار والقبض في المجلس لم ينقلب العقد صحيحا .

الثالث :

قال في الروضة: اذا انعقد البيع لم يتطرق اليه الفسخ الا بأحد سبعة أشياء

---

(١) في (د) (أطلق) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (في) .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (حذفناه) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (وكذلك إن حالاً) وفي (د) (وكذلك كان حالاً) .
(٥) في (د) (وسلم) .

وهي خيار المجلس،وخيار الشرط،وخيار الخلف كأنْ شرطه البائع كاتبا فلم يكن كذلك،وخيار العيب،والاقالة،والتحالف،وتلف المبيع قبل القبض .

وأما خيار الرؤية في بيع الغائب اذا جوزناه فهو ملحق في المعنى بخيار الشرط وخيار تفريق الصفقة وخيار تلقى الركبان يرجع للعيب وخيار الامتناع من العتق المشروط يرجع للخلف في الشرط وقد « ترد »[1] هذه الخيارات الاربع الى اثنين فيقال خيار الرؤيه وخيار النقيصة فيدخل في الأول خيار المجلس والشرط ورؤ ية المبيع الغائب وفي الثاني العيب والخلف.وقد يرد على الحصر صور منها اختلاط المبيع بغيره .

ومنها خيار تعذر قبض الثمن في الاصح وخيار الرجوع في المبيع عند فلس المشتري ولو علم أن البائع وكيل،أو أمين حاكم،أو وصي،أو أب لابنه الصغير،فهل « يرد »[2] بهذه الاسباب؟وجهان أحدهما نعم لما يخاف من فساد النيابة واستحقاق الدرك،والأصح:لا،لجواز « تبرعهم »[3] وحكى في البحر وجها ثالثا أنه،إن لم يكن الولي ثقة ظاهرا فله الخيار .

الرابع

بالنسبة الى عوده بعد اسقاطه

ضابطه:أن الخيار يستدعي وجود سببه فمتى وجد ثبت الخيار ثم ينظر فان كان ما ثبت به الخيار شيئا واحدا « يوجد »[4] جملة ويظهر نفعه وضرره حالة ظهوره كالعيب والقصاص فمتى وجد الرضا بالعيب واسقاط القصاص فلا رجوع،وكذا لو رضيت بإعساره بالصداق لم يكن لها العود الى الفسخ لأن ضرره لا يتجدد وان كان ما ثبت به[5] الخيار يثبت في الأزمنة ويتجدد كالخيار في فسخ النكاح بالاعسار

---

(١) في (د) (يرده) .

(٢) في (ب) (يرده) .

(٣) في (ب) (بيوعهم) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يؤخذ) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

بالنفقة والايلاء فانه يثبت الخيار للضرر الحاصل بانقطاع النفقة والوطء وهو يتجدد في كل وقت فإن لكل زمان نفقة ووطئاً . فإذا رضي في زمن ثبت الخيار فى الزمن الآخر لكن إذا « عادت »[1] في النفقة استؤنفت المدة بناء على « قول »[2] الامهال بخلاف ما إذا رضيت بترك المطالبة بالفيئة ثم عادت « فطلبت »[3] لا تحتاج لضرب المدة . والفرق أن المدة تضرب بطلبها فسقطت باسقاطها والمدة في الايلاء تضرب بغير طلبها .

« ومثله »[4] انقطاع المسلَم فيه يوجب الخيار فلو أجاز ثم بداله مكن من الفسخ « كزوجة »[5] المولي ووجّهه الامام بأن هذه الاجازة إنظار قال الرافعي وقد يتوقف الناظر في كونها انظارا ويميل الى انها اسقاط حق كإجازة زوجة العنين ويجوز أن يقدر فيه وجهان لأن الامام حكى وجهين في انه لو صرح بإسقاط حق الفسخ هل يسقط وقال الصحيح أنه لا يسقط .

ومثله السيد لو فسخ الكتابة اذا عجز العبد نفسه فلو أنظره ثم بدا له جاز الفسخ قاله الامام في « باب »[6] الكتابة .

ومثله اذا استأجر أرضا لها ماء فانقطع ثبت له الخيار فان أُجاز ثم ندم وأراد الفسخ فله ذلك فان اجازته محمولة على توقع العود فلا يمتنع أن يفسخ بعد ما قدم الاجازة قال الامام وهذا شبهه « الاصحاب »[7] في خيار المرأة بالنفقة والايلاء .

ومثله اذا قتل الاجنبي العبد في يد البائع تخير المشتري فان قال ابتع هذا الجاني بالقيمة ورضيت به ولا أفسخ البيع ثم بعد ذلك قال أنا أفسخ البيع قال القفال في فتاويه له ذلك كما لو غصب المبيع من يد البائع فان للمشترى الفسخ فلو

---

(١) في (د) (تمادت) .
(٢) في (ب) (ترك) .
(٣) في (ب) (وطلبت) .
(٤) في (د) (ومسألة) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (كرجعه)
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) (للأصحاب) .

أجاز وقال رضيت بمطالبة الغاصب ثم بعد ذلك بدا له الفسخ كان له ذلك. فقيل له: كان ينبغي أن لا يجوز لأن رضاه بالقيمة في « ذمة »[1] الجانى كالمقبوض » للمشتري كما في المحتال لا يرجع بعد الحوالة، ويدل على استقرار القيمة في ذمته وانها كالمقبوضة[2] له أن له أن يستبدل عن تلك القيمة في أي وقت شاء فدل على انها مقبوضة « حكماً قال »[3] الشيخ في الاستبدال نظر، قيل: ويمكن الفرق بينها وبين مسألة الغصب أن الخيار في مسأله الاتلاف لأجل العيب « سقط »[4] بالرضا وفي الغصب لعدم القبض وتعذره والقبض مستحق في كل زمان لا يسقط بالاسقاط .

« ومنه »[5] المميز اذا اختار أحد الابوين كان عنده، فلو اختار بعده الآخر حول اليه .

الخامس :

اذا اجتمع أنواع من الخيار كخيار المجلس والشرط والعيب ففسخ العاقد قال الدارمى في كتابه جامع الجوامع ينظر ان صرح بالفسخ بجميعها انفسخ بالجميع وان صرح بالبعض انفسخ به وان أطلق ينفسخ بالجميع لأنه ليس بعضها اولى من بعض. قلت: ويحتمل انصرافه للمتقدم ان ترتبت « في ذمته »[6] .

واعلم أن الملك في زمن خيار المجلس موقوف وأما في زمن خيار الشرط ففيه التفصيل بين أن يكون الخيار للبائع فالملك له أو للمشتري فله أولهما فموقوف فاذا

---

(١) في (د) (دية) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (حكما كما وقال) .
(٤) في (ب) ، (د) (يسقط)
(٥) في (ب) (ومثله) .
(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) ، (د) وسقطتا من الأصل .

اجتمـــع خيار المجلس « وخيار الشرط لاحـــدهما فقـــد تنـــافيا لأن قضية خيار المجلس »[6] تعطى كون الملك موقوفا وقضية كونه لأحدهما تعطى كونـه لواحـد معين فما المغلب م[2] الظاهر تغلب خيار الشرط لثبوته بالاجماع فيترتب [3] عليه أثره وحينئذ فلو انقطع خيار الشرط وهما مجتمعان فالظاهر بقاء خيار المجلس لعدم التفرق وخيار الشرط انما رفع المدة لا أصل [4] الخيار .

* * *

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٢) في (د) وردت زيادة بعد كلمة معين وقبل كلمتي (فما المغلب) فما جاء فيها هو (معين فما المغلب كون الملك موقوفاً وقضية كونه لأحدهما تعطي كونه لواحد معين فما المغلب) .

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (فرتب) .

(٤) في (د) (أجل) .

* حرف الدال *

* الدفع أقوى من الرفع *

ولهذا «المستعمل »[1] اذا بلغ قلتين هل يعود طهوراً؟فيه وجهان,ولو استعمل القلتين ابتداء لم يصر مستعملاً بلا خلاف والفرق أن الماء اذا استعمل وهو قلتان كان دافعا للاستعمال واذا جمع [2] كان رافعا والدفع أقوى من الرفع .

ومنها:منع تخمير الخل ابتداء بأن يوضع «فيه »[3] خل «فمنع »[4] تخميرها مشروع وتخليلها بعد تخميرها ممنوع .

ومنها:السفر قبل الشروع في الصيام يبيح الفطر ولو سافر في أثناء يوم من رمضان لا يبيحه .

ومنها:أن الزوج يملك منع زوجته من حج الفرض ، فان شرعت فيه بغير اذنه ، ففي جواز تحليلها قولان ،أظهرهما : نعم .

ومنها:وجود الماء بعد التيمم وقبل الصلاة يمنع «الدخول »[5] فيها ، ولو دخل فيها بالتيمم ثم وجد الماء في صلاة ، لا تسقط به بطلت .

---

(١) في (د) (إستعمل) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل اجتمع .
(٣) في (ب) ، (د) (فيها) .
(٤) في (د) (لمنع) .
(٥) في (د) (للدخول) .

ومنها : اختلاف الدين المانع من النكاح يمنعه ابتداء ، ولا يفسخه في الدوام .

* الدور قسمان *

حكمي :

وهو أن يوجب شيء « حكمين شرعيين[1] متمانعين » ينشأ الدور منهما .

ولفظي :

وهو أن ينشأ الدور من لفظ اللافظ ، كما في مسألة الطلاق السريجية ومسألة تعليق العزل بادارة الوكالة . ومن الأول:لو كان لرجل ابن [2] مملوك فأوصى له سيده به ومات الموصى ، ثم مات[3] الموصى له قبل قبول الوصية ، وورثه أخوه [4] فقبل أخوه الوصية عتق الابن على الصحيح ، ولا يرث ، لأنه ، لو ورث لحجب [5] الأخ وبطل قبوله فلم يعتق فيلزم من توريثه عدم[6] توريثه » .

ومنها:شهد شاهدان بعتق عبدين فحكم الحاكم بعتقهما ، ثم « شهد »[7] العتيقان بجرح الشاهدين لم يقبل لما يلزم من «قبولها »[8] رد شهادتهما بالعتق .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل حكمان شرعيان متمانعان) وفي (د) (حكمان شرعيان متسابقان) .
(٢) في (د) (من) .
(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (د) (أخاه) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (يحجب) .
(٦) في (د) (عدمه) .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (شهدا) .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قبولهما) .

قال لأمته أن زوجتك فانت حرة ، فزوجها عبدا لم تعتق ، لأن في ايقاع الحرية ابطالها ، لأنا لو قلنا صارت حرة في ذلك الوقت بطل تزويجها ، وإذا بطل تزويجها بطلت حريتها ، لأنه لم يحررها ، الا «بصفة »[١] التزويج وقال «ابن أبي[٢] أحمد » يثبت النكاح وتبطل الحرية .

مراهق قذف رجلا فقال المقذوف هو بالغ ، وأنكر القاذف ، فان لم تقم بينة لم يحلف المراهق أنه غير بالغ ، لأنا لو حكمنا بيمينه أنه غير بالغ ، لحكمنا ببطلان اليمين ، لأن اليمين من غير البالغ لا معنى «لها »[٣] .

«ولو »[٤] دفع الى رجل زكوات فاستغنى بها لم يسترجع منه لأن الاسترجاع منه يوجب «دفعا »[٥] ثانيا ، لأنه يصير فقيرا بالاسترجاع .

قال ان طلقتك غداً «طلقة »[٦] فأنت طالق اليوم ثلاثا،ثم طلق من الغد واحدة طلقت واحدة ولم تقع الثلاث،لأنا لو أوقعنا الثلاث بطلت الواحدة واذا بطلت الواحدة بطلت الثلاث،ففي اثبات الثلاث ابطالها.ووافق على ذلك ابن سريج وقال غيره:تقع الواحدة وثنتان من الثلاث «كقوله ان طلقتك واحدة فأنت طالق عشرا وقعت واحدة وثنتان من العشرة »[٧] .

---

(١) في (د) (بصيغة) .

(٢) هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري المعروف بابن القاص ـ المتوفى سنة خمس وثلاثين وثلثمائة بطرسوس ـ انظر شذرات الذهب جـ ٢ ص ٣٣٥ ـ ابن السبكي جـ ٣ ص ٩٥ ـ الشيرازي ص ١١ .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (له) .

(٤) في (ب) (لو) .

(٥) في (د) (رفعا) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في «ب» وساقطة من الأصل ، (د) .

(٧) في (د) (كقوله إن طلقتك واحدة فأنت طالق غداً بطلت واحدة وثنتان من العشرة) .

* الدين ضربان *

حال ومؤجل

الأول :

المؤجل ويحل بانقضاء الأجل ولو اتفق المتعاقدان على اسقاط الأجل لم يسقط في الأصح ويحل بموت المديون بلا خلاف الا في ثلاث صور :

الأولى . المسلم اذا لزمته الدية ولا مال له ولا عصبة تحمَّل عنه بيت المال فلو مات أخذ من بيت المال مؤجلا ولا يحل لأن الدية تلازم التأجيل

وصورتان على وجه :

أحداهما اذا لزمت الدية في الخطأ وشبه العمد الجاني كما لو « اعترف »[1] وأنكرت العاقلة فانها تؤخذ من الجاني مؤجلة،فلو مات هل تحل الدية حتى يؤخذ من تركته حينئذ وجهان أصحهما نعم والثاني : لا تحل بموته لأن الدية «يلازمها »[2] الأجل،ولا يجري مثل ذلك فيما اذا مات بعض العاقلة في أثناء الحول حيث كانت الدية تؤخذ منهم فانه يسقط عمن مات ولا يأتي الوجهان حينئذ .

الثانية : ضمن دينا مؤجلا ومات الضامن لا يحل عليه الدين في وجه والأصح خلافه .

ولو مات الأصيل حل عليه الدين ولم يحل على الضامن على الصحيح .

وها هنا غريبتان أيضا :

(١) في (د) اعترفت

(٢) في (د) (ملازمها)

إحداهما: أن الديون لا تحل بموت صاحب الدين بلا خلاف الا في مسألة واحدة على وجه وهي ما لو خلع زوجته على طعام في ذمتها ووصفه بصفات السلم وأذن لها أن تدفعه لولده منها أو خالعها على الارضاع مدة معينة ثم مات المخالع المذكور فان فيه وجها بحلول ذلك بموته لأن الخلع على ما «ذكر»[1] انما كان من أجل «الصغير»[2] وقد سقط حقه عن أبيه بالموت «فليسقط»[3] الأجل حينئذ .

الثانية: لو مات الصبي نفسه [4] ففي حل ما ذكر بموت الصبي وجهان أصحهما لا يحل. «هذا[5] ما يتعلق» بالموت ،

وأما الفلس فلا تحل به الديون على الأظهر «ولا بالجنون على الأصح»[6] وما وقع في الروضة خلافه مردود. ولا تحل الديون بالسفه ولا بالرق كما لو استرق الحربي في الأصح .

الضرب الثاني :

الحالّ «لا»[7] يؤجل وقد سبق في حرف الحاء

فائدة :

ليس في الشريعة دين لا يكون الا مؤجلا الا الكتابة والدية وليس فيها دين لا يكون إلاحالاً إلا في «القراض»[8] ورأس مال السلم وعقد الصرف والربا في الذمة وكل مقابلة باتلاف قهري الا دية الخطأ وشبه العمد والأجرة في اجارة الذمة

---

(١) في (د) (ذكرنا) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الصغر) .
(٣) في (ب) ، (د) (فيسقط) (٤) في (د) بتنبيه
(٥) في (ب) في (ب) (فهذا يتعلق) وفي (د) (فهذا ما يتعلق) .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٧) في (ب) ، (د) (ولا) .
(٨) في (ب) ، (د) (القرض) .

وفرض القاضي مهر المثل على الممتنع في المفوضة وعقد كل نائب أو وليّ[1] لم يؤ ذن له في التأجيل لفظا أو شرعا .

الدين لا يمنع وجوب زكاة المال «وكذا »[2] زكاة الفطر على المرجح في الشرح الصغير ويؤ يده نص «الامام »[3] الشافعي «رضي الله[4] عنه » على أن الفطرة تقدم على الديون ولا يمنع السراية في العتق دين مستغرق في الأظهر ولا يمنع صحة الوصية «دين[5] مستغرق » وحكى القاضي الحسين في الأسرار فيه وجهين مخرجين «مما »[6] لو أوصى بزائد على الثلث ولا يمنع أخذ الزكاة عند الرافعي وقال البغوى لا يصرف اليه شيء حتى يصرفه الى الدين .

ولو اشترى قريبه وعليه دين فقيل لا يصح الشراء.والأصح صحته ولا يعتق بل يباع «في الدين »[7] .

اعتق في مرضه عبدا لا يملك غير عتق ثلثه «فان »[8] كان عليه دين مستغرق لن يعتق «منه[9] شيء » .

الدين هل هو مال في الحقيقة أو هو حق مطالبة يصير مالا في المآل؟فيه طريقان حكاهما المتولي في كتاب الصلح،ووجه الأول أنه يثبت به حكم اليسار حتى تلزمه نفقة الموسرين وكفارتهم ولا تحل له الصدقة،ووجه الثاني أن المالية من صفات

---

(١) في (د) (نائب) .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وكذلك) .
(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .
(٤) في (ب) (رحمه الله) .
(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .
(٦) في (د) (فيما) .
(٧) في (د) (بالدين) .
(٨) في (د) (فإذا) .
(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (شيء منه) .

« الموجود »[1] وليس ها هنا شيء موجود قال وإنما استنبط هذا من قول «الامام »[2] الشافعي «رضي الله عنه »[3] فمن ملك ديونا على الناس هل تلزمه الزكاة «المذهب »[4] الوجوب وفي القديم قول أنها لا تجب ويتفرع عليه فروع :

منها:هل يجوز بيع الدين من غير من عليه الدين ان قلنا « انه »[5] مال جاز أو حق فلا لأن الحقوق لا تقبل النقل الى الغير .

ومنها:أن الابراء عن الدين اسقاط أو تمليك .

ومنها:حلف لا مال له وله دين حال على مليء حنث على المذهب وكذا المؤجل أو على المعسر في الأصح .

* * *

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (الوجود) .
(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .
(٣) في (ب) (رحمه الله) .
(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (على المذهب) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

* حرف الذال المعجمة *

* الذهب *

يحرم استعماله على الرجال

وأما في الأواني فيشترك النوعان في التحريم ويستثنى مواضع :

أحدها :

من جُدع أنفه جاز له اتخاذ أنف من ذهب تغيرًا لقبح الوجه بفقده وان أمكن اتخاذه من فضة وقد روى النسائي ان عرفجة[1] أصيب أنفه يوم الكلاب فأمره رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفا من ذهب)[2] وقال (الترمـذي)[3] (حديث)[4] (حسن)[5] غريب .

---

(١) هو عرفجة ابن أسعد ابن كرب العطاردي من بني تميم وهو الذي أصيب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه فذكر ذلك للنبي صلى الله عليه وسلم فأمره أن يتخذ أنفاً من ذهب وقد ذكره ابن سعد في من نزل البصرة من أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم انظر طبقات ابن سعد جـ ٧ ص ٤٥ .

(٢) في سنن النسائي روايتان لهذا الحديث الأولى منهما هي عن عرفجة بن أسعد أنه أصيب أنفه يوم الكلاب في الجاهلية فاتخذ أنفاً من ورق فأنتن عليه فأمره النبي صلى الله عليه وسلم أن يتخذ أنفاً من ذهب انظر سنن النسائي حـ ٨ ص ١٦٣ وأيضاً ص ١٦٤ وانظر صحيح الترمذي وما قاله من هذا الحديث حـ ٧ ص ٢٦٩ ، ٢٧٠ والسنن الكبرى للبيهقي حـ ٢ ص ٤٢٥ : ٤٢٦ .

(٣) هو محمد بن عيسى ابن سورة وهو مصنف الصحيح وغيره من الكتب ككتاب التاريخ وكتاب العلل انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٣٩ .

(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) ، (د) (د) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

وفي معنى الأنف السن والا نملة فان «نبت »[1] فيه العضو وتراكم عليه اللحم صار مستهلكا فلا زكاة فيه ،والا فحيث امكن نزعه ففي زكاته القولان في الحلي المباح.ولا يجوز لمن قطعت كفه أو اصبعه أن يتخذ بدلها من ذهب أو فضة لأنها لا تعمل بخلاف الأنملة فانه يمكن تحريكها هذا هو المذهب وبه جزم الرافعي وحكى القاضي الحسين «وجها »[2] أنه يجوز .

الثاني :

إذا صدئ،قَطَع به في المهذب،والتنبيه وغيرهما،لعدم ظهور السرف وفي الكفاية عن البندنيجي أن أصحابنا الحقوا به طراز الذهب اذا اتسخ وذهب حسنه وقال القاضي أبو الطيب « الذهب »[3] لا يصدأ ورد بأن منه ما يصدأ وهو ما يخالطه غيره بخلاف الخالص .

الثالث :

إذا طلي الذهب بغيره بحيث لا يظهر قاله الماوردي .

الرابع :

التمويه الذي لا يحصل منه شيء بالعرض على النار في الخاتم والسيف وغيرهما لأنه يستهلك وصحح النووي التحريم لعموم الحديث .

* * *

(١) في (ب) (نشب) وفي (د) (سبب) .
(٢)هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

حرف الراء

* الرخص يتعلق بها مباحث *

الأول :

تنقسم الى أقسام :

أحدها : رخصة واجبة كحل الميتة للمضطر،وقيل:لا يجب الاكل بل له الصبر حتى يموت وقال «الكيا »[1] الطبري في كتاب أحكام القرآن:الصحيح عندنا أن أكل الميتة للمضطر عزيمة لا رخصة،كالافطار «في رمضان للمريض »[2] انتهى وكذلك اساغة اللقمة بالخمر ان لم يجد غيرها وأشار الامام الى أن الوجه في الميتة لا يأتي هنا لأنا وجهناه بالتردد في دفع الضرر،واساغة اللقمة معلومة .

ومنه وجوب استدامة لبس الخف « ان »[3] لم يجد من الماء ما يكفيه،كما لو كان المحدث لابس الخف بشرائطه ودخل وقت الصلاة ووجد من الماء ما يكفيه لو مسح على الخف ولا يكفيه لو غسل «رجليه »[4] فانه يجب عليه المسح على الخف قطعا كما نقله صاحب البحر في باب التيمم لأنه قادر على الطهارة من غير ضرر،ولم يقف ابن الرفعة عليه نقلا «فذكره »[5] تفقهاً وقال:الذي يظهر وجوبه بخلاف ما لو لم يكن لابسا ولكنه « كان »[6] على طهارة وأرهقه الحدث ومعه من الماء ما يكفيه

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (ب) «للمريض في رمضان»
(٣) في (ب)، (د) (لمن) .
(٤) في (ب)، (د) (الرجلين) .
(٥) في (د) (فذكر) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

للمسح دون الغسل فانه لا يجب عليه كما قال الرافعي في التيمم لوضوح الفرق .

ومنه التيمم لفقد الماء أو للخوف من استعماله اذا جعلناه رخصة وهو ما أورده الامام والرافعي . والثاني : أنه عزيمة وهو ما أورده البندنيجي والثالث : التفصيل بين التيمم لعدم الماء فعزيمة أو للمريض أو بعد الماء عنه أو بيعه بأكثر من الثمن فرخصة وهو ما أورده الغزالي في المستصفى ويبني عليه ما إذا كان يرجو الماء آخر الوقت هل الأفضل تعجيل الصلاة بالتيمم أو التأخير فعلى الأول التأخير أفضل وعلى الثاني التقديم أفضل كالوضوء وإن صح هذا « البناء »[1] أمكن أن يؤخذ الخلاف في أنه رخصة أو عزيمة من الخلاف في التقديم أفضل « أم »[2] التأخير وكذلك من فوائده التيمم بالتراب المغصوب « يجوز »[3] إن قلنا عزيمة وإن قلنا رخصة فوجهان .

الثاني :

رخصة فعلها أفضل كالقصر لمن بلغ ثلاثة أيام فصاعدا، «وعد »[4] بعضهم منه مسح الرأس في الوضوء أفضل من الغسل مع أنه رخصة كما قاله الماوردي، قلت: لكن صرح « الشيخ أبو حامد في تعليقه والشيخ أبو محمد في الفروق بأنه عزيمة »[5] نعم المسح على الجبيرة رخصة ، وعد النووي منه في كتاب الأصول والضوابط الابراد بالظهر في شدة الحر .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٢) في (ب) وفي الأصل و(د) (من) .

(٣) في (د) (كون) .

(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وقال) .

(٥) في (د) « الشيخ أبو محمد في الفرق والشيخ أبو حامد في تعليقه فإنه عزيمة » .

قال «الشيخ صدر الدين بن الوكيل[1]، وهو غلط» صريح[2] ، فان في الابراد وجهين أصحهما سنة ، «فيستحب»[3] التأخير ـ والثاني رخصة « وهـو »[4] على هذا ، لا يستحب له الابراد ، وإذا قدم الصلاة كان أفضل فاستحباب الابـراد وكونه رخصة مما لا يجتمعان ، فلا يصح جعله رخصة ، وانها «مستحبة »[5] .

قلت:بل هو صحيح والوجهان متفقان على أنه رخصة لثبوته على خلاف الدليل ، لعذر الحر ، وإنما الوجهان في أنه رخصة مستحبة أو مباحة ، فعلى الأصح مستحبة ، والتقديم خلاف الأفضل ، وعلى مقابله رخصة مباحة ، والتقـديم أفضل .

وعبارة القاضي الحسين:الابراد مستحـب ، وهـل هو أفضـل من التعجيل « وجهان »[6] ، وهـو يقتضي الاتفـاق على استحبابه ، وانمـا الخـلاف في الآكد لتعارض «فضيلتين[7]» أول الوقت ، وتحصيل الخشوع بالتأخير .

الثالث :

رخصة تركها أفضل كالمسح على الخف ، والتيمم لمن وجد الماء يباع بأكثر

---

(١) هو محمد بن عمر بن علي بن عبد الصمد بن أحمد الأموي صدر الدين بن الوكيل وابن المرحل وكان يقال له ابن الخطيب ولد بدمياط في التاسع والعشرين من شهر شوال سنة خمس وستين وستمائة ـ تفقه على والده وعلى الشيخ شرف الدين القدسي وغيرهما إلى أن برع ودرس ـ له من التصانيف كتاب الأشباه والنظائر ـ توفي بالقاهرة بكرة الأربعاء الرابع والعشرين من شهر ذي الحجة سنة ست عشرة وسبعمائة ـ انظر طبقات ابن السبكي حـ ٦ ص ٢٣ ـ البدر الطالع حـ ٢ ص ٢٣٤ ـ الدرر الكامنة حـ ٤ ص ٢٣٤ ـ شذرات الذهب حـ ٦ ص ٤٠ .

(٢) في (ب) و(د) « صراح » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يستحب » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٥) في (د) « تستحب » .

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٧) في (ب) (فضيلتي) .

من «ثمن المثل »[1] ، وهو قادر عليه ، والفطر لمن لا يتضرر بالصوم وعد المتولى والغزالي من هذا الجمع بين الصلاتين في السفر للخروج من الخلاف ، فان ابا حنيفة «رحمه[2] الله » يوجب القصر ولا يجوز الجمع الا بعرفة والمزدلفة .

البحث الثاني :

تنقسم الرخصة الى كاملة وهي التي لا بدل «لها »[3] بعد فعلها كالمسح على الخف والى ناقصة وهي بخلافه كالفطر للمسافر ، وهذا « أخذته »[4] من كلام « الامام »[5] الشافعي «رضي الله[6] عنه » في الأم ، فانه قال والمسح رخصة كمال وعلى هذا فالتيمم لعدم الماء فيما لا يجب معه القضاء رخصة كاملة وفيما يجب معه القضاء[7] رخصة ناقصة .

الثالث :

الرخص لا تناط بالمعاصي .

ومن ثم العاصي بسفره لا يترخص « بالفطر [8] والقصر » والجمع ولا يأكل الميتة ولا يمسح مدة « المسافر »[9] قطعا ، ولا مدة المقيم في الأصح ، ولا تسقط عنه الجمعة بسفره ولا يباح له التطوع راكبا وماشيا ، لغير القبلة .

ولو زال عقله بسبب محرم لم تسقط عنه الصلاة .

---

(١) في (ب) و(د) (الثمن) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (أخذ به) وفي (د) (أخذه) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .
(٦) هكذا في (د) وفي (ب) (رحمه الله) وساقطة من الأصل .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٨) في (ب) و(د) «بالقصر والفطر» .
(٩) في (ب) « المسافرين » .

ولو استنجى بمحرم او بمطعوم ، فالأصح لا يجزيه ، لأن الاقتصار على الأحجار رخصة ، والرخص لا تناط بالمعاصي .

ولو عدم الماء « لم »[1] يتيمم على وجه والأصح جوازه ، لكن إذا صلى به وجب القضاء في الأصح ، وعلى الوجه الآخر ، فالفرق بينه وبين سائر الرخص أن الرخص «يتخير »[2] بين فعلها وتركها ، والتيمم واجب عليه .
ولو تركه عصى . وتقديم الكفارة على الحنث رخصة وفي الحنث « بمعصيته »[3] وجهان ، لأن الرخص لا تناط بالمعاصي ، وقد توسع الاصطخري في طرد هذا الأصل في المقيم العاصي ، وقال « لا يستبيح »[4] شيئا من الرخص . كالمسافر .

وذهب عامة أصحابنا إلى أنه يستبيحها ، ويخالف المسافر «فان »[5] الاقامة نفسها ، ليست معصية ، لأنها كف ، وانما الفعل الذي يوقعه في الاقامة معصية ، والسفر في نفسه معصية .

قال الامام ، وهذه القاعدة أعني أن المعاصي ، إنما « تنافي »[6] الرخص ، إذا كانت المعصية بسبب الترخص ، كالعبد الآبق ، لا يترخص برخص المسافر . أما إذا لم تكن المعصية بسبب الرخصة فلا ، فمن سافر وعصى في سفره كان له الترخص ، لأنه عاص في سفره لا بسفره « ثم »[7] استشكل على هذا ما لو جن المرتد ، ثم أفاق وأسلم لزمه قضاء الفائتة زمن جنونه مع أن سقوط القضاء « عن المجنون تخفيفا »[8] والمرتد ليس من أهل التخفيف ، وحينئذ فالجنون لا معصية فيه ، فكان ينبغي إسقاط القضاء .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٢) في (د) « عير » .
(٣) في (ب) « بمعصية »
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (لا يستبح)
(٥) في (د) « بأن » .
(٦) في (د) « تتأتى » .
(٧) هكذا فى (ب) و(د) وفي الأصل « وثم » .
(٨) في (د) [عند الجنون مخففاً] .

وقد « استثنى »[1] من هذه القاعدة صور :

منها:لو شربت دواء فأسقطت « وصارت »[2] نفساء ، لا تقضي « الصلاة أيام نفاسها »[3] ، وان كانت عاصية في الأصح ، إلا أن يدعي أن سقوط الصلاة عن « النفساء »[4] عزيمة .

« ومنها:جواز الاستنجاء بقطعة ذهب أو حرير يجوز في الأصح »[5] .

ومنها:صحة المسح على الخف المغصوب والمسروق على الأصح ، والفرق بينه وبين ما « سبق »[6] أن المسافر العاصي لا يستبيح المسح ، ولأن المعصية هنا لا تختص باللبس ، ولهذا ، لو ترك لبسه لم يترك المعصية وهناك المعصية بالسفر .

ومنها:إذا صب الماء بعد الوقت لغير غرض وتيمم ، فقيل تجب الاعادة لعصيانه ، والأصح لا ، لأنه فاقد .

ومنها:صحةالتيمم بتراب مغصوب ، كما جزم به النووي في شرح المهذب مع أن التيمم رخصة على رأي .

ومنها:جلد الآدمي إذا حكمنا بنجاسته بالموت ، قيل لا يطهر بالدباغ ، لأن استعماله معصية ، والرخص لا تناط بالمعاصي ، والأصح يطهر كغيره وتحريمه ليس لعينه ، بل للامتهان على أي وجه كان ، ولأنه يحرم استعماله وان قلنا بطهارته .

تنبيه :

معنى قول الأئمة « أن »[7] الرخص لا تناط بالمعاصي أن فعل الرخصة متى

---

(١) في (ب) « يستثنى » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «وصار»
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « صلاة نفاسها » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « النساء » .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٦) في (ب) « مر »
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

توقف على وجود شيء نظر في ذلك الشيء فان كان تعاطيه في نفسه حراما امتنع معه فعل الرخصة ، والا فلا .

مثال الأول : السفر الموصوف بالمعصية ، كإباق العبد من سيده ، « والأجير »[1] عينه من « مستأجره »[2] ، والمرأة من زوجها ، لما كانت رخصة « القصر »[3] والفطر متوقفة على وجود السفر ، اشترط « في »[4] إباحة فعلها أن لا يكون السفر في نفسه معصية ، وكذلك الاستنجاء « بغير الماء »[5] رخصة ، « ولما »[6] توقف على استعمال جامد اشترط في الجامد كون استعماله مباحاً فيمتنع « بما »[7] استعماله معصية .

ومثال الثاني:ما إذا غصب المسافر في « سفر مباح »[8] « ثوبا وصلى فيه ، فانه « لا يمتنع عليه عدم الترخيص »[9] ، لما كان قصر الصلاة لا يتوقف على هذا الثوب والمعصية لا تختص بالصلاة .

الرابع :

تعاطي « سبب »[10] الترخص لقصد الترخص ، لا يبيح ، كما إذا سلك الطريق الأبعد لغرض القصر لم يقصر في الأصح ، وكما لو سلك الطريق القصير ، ومشى يمينا وشمالا حتى بلغت المرحلة مرحلتين .

وقريب من ذلك ما لو دخل المسجد في أوقات الكراهة لقصد صلاة التحية لا يصح .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأجر » .
(٢) في (ب) «المستأجر له»
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «السفر»
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «بالماء »
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «لما»
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ما » .
(٨) في (ب) « سفره المباح » .
(٩) هكذا في (د) وفي الأصل « لا يمنع عدم الترخص » وفي (ب) « لا يمتنع عليه الترخص » .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أسباب » .

ومثله لو أحرم مع الامام ، فلما قام إلى الثانية نوى مفارقته ، واقتدى بإمام آخر قد ركع فيحتمل أن لا تصح القدوة ، إذا فعل ذلك لقصد إسقاط الفاتحة ، وان اقتدى به لغرض آخر صح وسقطت عنه القراءة ، وليس هذا كمن سافر لقصد القصر والفطر في رمضان ، فان هذا قاصد أصل السفر ، وهذا « كالقاصد »[1] في أثناء السفر ، وانما نظيره أن يقصد بأصل الاقتداء سجود السهو « وتحمل الفاتحة فانه يستبيح ذلك »[2] ، وقالوا لو نذر « صوم »[3] الدهر فأفطر يوما ، فلا سبيل إلى قضائه ، وأخذ الرافعي من كلام الامام أنه اذا سافر يقضي ما يفطر به « متعديا »[4] ، قال وينساق النظر إلى أنه هل يلزمه « أن يسافر ليقضي »[5] .

قلت:وقياس مسألة القصر أنه إذا سافر لقصد الترخص بترك « المنذور »[6] « أنه لا »[7] يستبيح تركه ، وقريب من هذا « ما »[8] لو حلف ليطأن زوجته في نهار رمضان فقال النووي وابن الصلاح الجواب فيها ما قاله أبو حنيفة « رحمه الله »[9] « لسائل سأله « عن »[10] ذلك أنه يسافر .

الخامس :

متى قارنها « المنع »[11] لا تحصل بدون قصد لها لتتميز ، ويتضح بصور :

منها:لو أخر المسافر الظهر الى العصر بنية الجمع كان له الجمع ، ولو أخرها عامدا غير قاصد للترخص ، ولم ينو الجمع لم يجز له ، ولو فعل كان عاصيا .

---

(١) في (ب) « كالعاصي » وفي هامشها « كالقاصد » .

(٢) في (ب) « وتحمل الفاتحة بسبب ذلك » .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) « معتمداً » .

(٥) في (د) « إن سافر يقضي »

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « المندوب » .

(٧) في (د) « لأنه » .

(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د).

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(١١) في (ب) «المبيح» وفي (د) «الممتنع»

ومنها:أن أصحاب الأعذار من مرض وسفر ونحوه إنما يباح لهم الفطر بشرط نية الترخص ، كما قاله المتولى ، فقال لو جامع المريض أو المسافر من غير أن يقصد نية الترخص عصى . وكلام الرافعي يوافقه حيث قال ان قصد به الترخص لم تلزمه الكفارة ، يعني بلا خلاف ، وان لم « يقصده »[1] فوجهان ، وكان بعض الفقهاء ، يستشكل ذلك ، لأن الخروج من العبادة من باب « التروك »[2] ، لا يفتقر إلى نية ، ولهذا لا تجب نية الخروج من الصلاة على الصحيح ، وقد قالوا: للمنفرد الخروج من الفرض ليفعله[3] في جماعة فلم يلزموه نية[4] الخروج ، وقد صرح القفال في فتاويه بأن المسافر اذا شرع في صوم رمضان جاز له الفطر ، ولا يستدعي الفطرنية ، بخلاف إتمام الصلاة .

السادس :

التزام ابطال الرخصة ممنوع على الأصح ، وقد قال صلى الله عليه وسلم « إن الله تصدق عليكم بصدقة فاقبلوا صدقته »[5] ، فاذا نذر صلاة النفل قائما أو أن يصوم في السفر أو « إتمام »[6] الصلاة فيه أو غسل الرجل ، ولا يمسح الخف أو استيعاب الرأس بالمسح أو التثليث في الطهارة ونحوه لم ينعقد ، وقال القاضي الحسين والبغوي ينعقد ، لأنه أفضل لكثرة المشقة قال القاضي : ولو نذر خصلة من خصال الكفارة المخيرة لم تتعين لما فيه من تغيير الشرع .

---

(١) في (د) «يقصد»
(٢) في (د) « المتروك » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «لفعله»
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نية » .
(٥) هذا الحديث أخرجه مسلم وأبو داود وابن ماجه والنسائي والدارمي انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٥ ص ١٩٦ ولفظه فيه كما يلي عن يعلى بن أمية قال قلت لعمر بن الخطاب(ليس عليكم جناح أن تقصروا من الصلاة ان خفتم أن يفتنكم الذين كفروا) فقد أمن الناس فقال عجبت مما عجبت منه فسألت رسول الله صلى الله عليه وسلم عن ذلك فقال صدقة تصدق الله عز وجل بها عليكم فاقبلوا صدقته ـ وانظر سنن أبي داود المنهل العذب جـ ٧ ص ٥٠ ـ وسنن ابن ماجه جـ ١ ص ٣٣٩ ـ وسنن النسائي جـ ٣ ث ١٦ ـ ١١٧ ـ وسنن الدارمي جـ ١ ص ٢٩٣ .
(٦) في (ب) « أن يتم »

السابع :

رخص السفر أقسام :

أحدهما : ما يختص بالطويل قطعا وهي ثلاثة « الفطر والقصر »[1] والمسح - نعم لو اجتمع الخوف مع قليل السفر ففي القصر قولان حكاهما « ابن القاص »[2] لأن الخوف إذا انضم إليه ألحقه بالطويل ، وتوقف السنجي في « ثبوتهما »[3] وقطع بالمنع ، لأن ما لا يباح في « القصير »[4] لا يباح مع الخوف « منه »[5] ، كالفطر والمسح أكثر من يوم وليلة .

الثاني ما لا يختص بالطويل قطعا ، وهو شيئان أكل الميتة وترك الجمعة .

الثالث:ما فيه قولان ، والأصح عدم اختصاصه وهو شيئان إسقاط الفروض بالتيمم والتنفل على الراحلة .

واستدرك بعضهم ثالثة وهي ما إذا كان له نسوة ، وأراد السفر فأقرع بينهن وأخذ من خرجت لها القرعة ، لا يلزمه القضاء لضراتها ، إذا رجع ، ولا يختص ذلك بالسفر الطويل في الأصح ، خلافا للغزالي .

الرابع:ما فيه قولان والأصح اختصاصه بالطويل وهو الجمع بين الصلاتين

---

(١) في (ب) و(د) « القصر والفطر »

(٢) هو أبو العباس أحمد بن أبي أحمد الطبري االمعروف بابن القاص لأن أباه كان يعرف بالقاص وذلك لأنه كان يقص القصص المرغبة في الجهاد وتلك القصص عرفها من بلاد الديلم - تفقه ابن القاص على ابن سريج وتفقه عليه أهل طبرستان - توفي بطرسوس سنة خمس وثلاثين وثلثمائة وقيل أنه مات في حالة الوعظ من الوجد من تصانيفه أدب القضاء ودلائل القبلة والمفتاح والتلخيص - هذا وقد يذكره المؤلف بلفظ ابن القاص كالذي هنا وقد يذكره بلفظ ابن أبي أحمد أو بلفظ صاحب التلخيص - انظر ترجمته في شذرات الذهب، حـ ٢ ص ٣٣٥ طبقات ابن السبكي حـ ٣ ص ٩٥ - النجوم الزاهرة حـ ٣ ص ٢٩٤ - طبقات الشيرازي ص ١١ .

(٣) في (د) « ثبوتها »

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « القصر »

(٥) في (ب) « فيه » .

واعلم أن « عد »[1] أكل الميتة والتيمم من رخص السفر فيه تجوّز فانـه لا يختص بنفس السفر إذ يجوز التيمم للمريض والجريح مع الاقامة ويجـوز أكل الميتـة في الحضر للمضطر. وقد نازع الرافعي في باب صلاة المسافر في الأولى وقال لا تختص بالسفر وقد يقال انما عد رخصة إذا كان الاضطرار وفقد الماء « ناشئـين »[2] من السفر والغالب فيهما أنهما ينشآن من السفر « فعدوهما »[3] باعتبار الغالب وذكر الأصحاب أن للغانمين التبسط في الغنيمة من الطعام قال الامام ونزلوا دار الحرب في إباحة الطعام منزلة السفر في « الترخص »[4] فانها وان ثبتت بمشقة السفر فالمترفّه الذي لا كلفة عليه يشارك فيها .

* الردة *

لا تحبط العمل عندنا بمجردها بل إذا مات عليها خلافا لأبي حنيفة « رحمه الله »[5] وحكى امام الحرمين في الشامل عن بعض الأصحاب أنها لا تحبط العمل .

وتأثيرها يظهر في تخفيف العذاب عنه وأول قوله تعالى « ليحبطن عملك »[6] أي مقصـودك من عملك فان المقصـود منـه كان « دخـول »[7] الجنـة لا تخفيف العذاب .

وقال في الأساليب: الحج عندنا لا يحبط في حق من مات مرتدا ويعلم ذلك بقولنا ان الكفار مخاطبون بالفروع ولو لم نقطع بذلك في المأمورات قطعنا به في المنهيات فلا شك أن الكافر الذي قتل الأنبياء وهتك الحرمات وسفك الدماء أشد

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)

(٢) في (ب) (ناشيا) وفي (د) «ناناشئان»

(٣) في (د) « فغلبوهما » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الرخص »

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).

(٦) سورة الزمر الآية رقم ٦٥

(٧) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (تخفيف) .

عقابا من مترهب متعلق « بقلة »[1] جبل لا ينفع المسلمين ولا يضرهم فنقول بناء على هذا,إذا حج مسلما ثم ارتد ومات مرتدا فحجه ثابت ويفيده الحج التحصين من العقوبة ولو لم يحج لعوقب على ترك الحج ولكنه لا يفيد ثوابا فان دار الثواب الجنة وهو لا يدخلها لأنه كافر.هذا قولنا فيمن يموت مرتدا,فأما إذا مات مسلما والحج قد مضى على الصحة والميت من أهل الجنة والثواب غير متعذر فلا معنى « للاحباط »[2] في حقه أصلا .

وقال الرافعي في باب الزنى إذا ارتد « الشخص »[3] « الزاني »[4] لا يبطل إحصانه حتى لو زنى في الردة أو بعد الاسلام فعليه الرجم خلافا لأبي حنيفة .

وقال الأصحاب,لو تطهر ثم ارتد لا تبطل طهارته بخلاف ما لو تيمم ثم ارتد لأن التيمم إباحة وبالردة خرج عن أن يكون من أهل الاباحة .

وقالوا لو ارتد في خلال أذانه ثم أسلم كان له البناء على الأصح اذا لم يطل الفصل فان طال بطل وكان ينبغي جريان هذا التفصيل في الحج بل أولى لأنه شديد الألزام لكنهم أبطلوه طال زمن الردة أو قصر .

* الرشوة *

أخذ المال ليحق به الباطل أو يبطل الحق,فأما إذا كان مظلوما فبذل لمن يتوسط له عند السلطان في خلاصه وستره فليس ذلك بإرشاء حرام بل جعالة مباحة حكاه القاضي الحسين في باب الربا من تعليقه عن القفال ونقله النووي في فتاويه مقتصرا

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل قال في المصباح حـ ٢ ص ٧٦ قلة الجبل أعلاه والجمع قلل وقلال أيضاً وقال في القاموس المحيط حـ ٤ ص ٤١ القلة بالضم أعلى الرأس والسنام والجبل » .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل ، (د) (للاحتياط) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

عليه لكن في المنهاج للحليمي لا يحل لأحد أن يأخذ من أحد مالا على دفع ظلم عنه أو على رد مالٍ له[1] في يده وان جاز للمظلوم وصاحب المال إذا علم أنه لا يندفع الظلم عنه أو لا يصل إلى ماله « إلا بشيء »[2] « يرضخه أو يعطيه »[3] وهذا كالأسير أو المحبوس بغير حق إذا لم يطلق الا بشيء فله اعطائه ويحرم على الآخذ « الأخذ »[4] .

* الرضا بالشيء رضا بما يتولد منه *

منها:رضا أحد الزوجين بعيب صاحبه فان « زاد »[5] العيب فلا خيار على الصحيح .

ومنها:ادعت المنكوحة برضاها حيث يعتبر إذنها أن بينها وبين الزوج محرمية لم يقبل لأن رضاها بالنكاح يتضمن اعترافها « بحكمه فلا يقبل منها »[6] إلا إذا ذكرت عذرا كنسيان ونحوه .

ومنها:علمت باعساره بالمهر وأمسكت عن المحاكمة بعد طلب المهر كان رضاء بالاعسار مسقطا للخيار بخلاف ما إذا كان قبل الطلب لاحتمال أن التأخير لتوقع النسيان .

ومنها : لو ادعت بعد الدخول وهي معتبرة الاذن أنها « زوجت »[7] بغير إذنها قال البغوي لا يقبل قال الرافعي كأنه نزل الدخول منزلة الرضا .

ومنها:لو قال لرشيد اقطعني ففعل فسرى فهدر وفي قول يجب الغرم .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٢) في (د) (شيء) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) يوبخه أو يعيط .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .
(٥) في (ب) (إزداد) .
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٧) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (تزوجت) .

ومنها لو أذن المرتهن للراهن في ضرب العبد المرهون فهلك في الضرب فلا ضمان لأنه تولد من مأذون فيه كما لو أذن في الوطء فأحبل .

* * *

* حرف الزاي *

* الزائل العائد كالذي لم يزل و « كالذي »[1] لم يعد *

هذه القاعدة على أربعة أقسام :

الأول : ما هو كالذي لم يعد قطعا .

فمنه:لو زال الملك عن العبد قبل « ليلة »[2] هلال شوال ثم تملكه بعد الغروب لا تجب عليه فطرته قطعا .

ولو تغير الماء ثم زال فانه يعود طهورا فلو عاد التغير بعد زواله فانه يبقى على طهوريته قطعا فكأن التغير «لم يعد »[3] « هذا »[4] اذا كانت النجاسة حكمية فان كانت جامدة وزال التغير ثم عاد وهي باقية فانه يعود التنجيس . هذا حاصل ما في الكفاية وشرح المهذب .

ولو سمع القاضي بينة ثم عزل قبل الحكم ثم عاد فلا بد من اعادتها قطعا .

ولو فسق شهود الأصل بطلت شهادة الفرع فان تابوا صحت شهادتهم ولا تعود شهادة الفروع،قاله الهروي .

ولو قال:انَ دخلت دار فلان ما دام فيها فانت طالق فتحول فلان عنها ثم عاد

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (بعد لم) .
(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (وهذا) .

اليها لا يقع الطلاق لان ادامة المقام التي انعقد عليها اليمين قد انقطعت وهذا عود جديد وادامته « اقامة »[1] مستأنفة نقله الرافعي في الطلاق عن البوشنجي »[2] ولم يحك خلافه .

وحكى فيه أيضا فيما اذا قال لابويه ان تزوجت ما دمتما حيين فزوجته طالق فمات أحدهما وتزوج لا يقع وجزم صاحب الكافي بعدم الحنث في الاولى في كتاب الأيمان أيضا .

ولو قلع سن غيره وليست تلك السن له فلا قصاص وان نبتت بعده .

الثاني : ما هو كالذي لم يزل قطعا .

فمنه: ما لو اشترى معيبا ثم باعه ثم علم العيب فلا أرش له فلو رد عليه بالعيب فله رده قطعا .

ومنه: « لو »[3] فسق ناظر الوقف ثم صار عدلا فان كانت ولايته مشروطة في أصل الوقف منصوصا عليه بعينه عادت ولايته وإلا فلا، أفتى به النووي ووافقه ابن الرفعة وغيره وهو ظاهر وسكت النووي عمن « استحق »[4] النظر مدة الخلل « وقال »[5] ابن الرفعة: الاشبه أنه لمن يستحق النظر بعده كما في ولاية النكاح واستبعده بعضهم اذا لم ينص الواقف عليه وقال: النظر للحاكم « حينئذ »[6] وفرق بينه وبين النكاح بأن الثاني ليس له حق الا بعد الاول بخلاف ولاية النكاح فان

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (إقامته) .
(٢) هو الإمام أبو سعد إسماعيل بن الإمام عبد الواحد بن إسماعيل البوشنجي نزيل هراة ولد سنة إحدى وستين وأربع مائة كان والده وأقاربه من الأئمة الفضلاء توفي بهراة سنة ست وثلاثين وخمسمائة أنظر الأنساب ص ١٩٣ شذرات الذهب حـ ٤ ص ١١٢ طبقات ابن هداية الله ص ٧٦ طبقات ابن السبكي حـ ٤ ص ٢٠٥ منتخب السياق ص ٤٤ .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) ، (د) (يستحق) .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (قال) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .

سببها القرابة وهي موجودة مع وجود الأول فاذا خرج الأول عن كونه أهلا انتقل الى الابعد .

الثالث : ما فيه خلاف والأصح أنه كالذي لم يزل .

فمنه « لو »[1] طلق قبل الدخول وقد زال ملكها عنه فله نصف بدله فلو زال وعاد تعلق بالعين في الاصح لانه أقرب الى حقه واذا طلقت المرأة عاد حقها في الحضانة.وقال المزني:ان كان الطلاق رجعيا لم يعد حقها .

ولو تخمر العصير المرهون بعد القبض إرتفع حكم الرهن فلو عاد عاد الرهن في الأصح .

ولو اشترى معيبا ثم باعه ثم علم العيب فلا أرش له فلو عاد اليه بارث أو هبة أو وصية أو اقالة فله الرد في الأصح .

ولو اشترى شيئا ولم يدفع ثمنه وزال ملكه عنه ثم حجر عليه وعاد اليه بالارث فالأصح في الشرح الصغير أن لصاحبه الرجوع وهو قضية كلامه في الكبير فإنه شبهه بنظيره من الرد بالعيب لكن الأصح في زوائد الروضة أنه لا يرجع،أي « لتلقى »[2] الملك من غيره،كما في الهبة.ولو عجل زكاته فشرط اجزائها كون القابض في آخر الحول مستحقا فلو خرج عن الاستحقاق في أثناء الحول ثم عاد أجزأت في الأصح ولو فاتته صلاة في السفر ثم أقام ثم سافر قصرها في الأصح .

ولو جاوز الميقات غير محرم ثم عاد فالأصح أنه ان عاد قبل تلبسه بنسك سقط الدم والا فلا .

ولو فارق عرفة قبل الغروب أراق دما فلو عاد فكان بها عند الغروب فلا دم .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) ، (د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل (لتكفيض) .

ولو اشترى عصيرا فصار خمرا في يد البائع ثم صار خلا هل يصح البيع قال في البحر في الفروع المنثورة آخر الربا : فيه وجهان مبنيان على انه اذا عاد خلا ، هل يعود الملك الآن أو يتبين بقاء الملك حال كونه خمرا ، وهما كالقولين في الرهن ، والأصح الثاني ، لأني لا أعلم أنه لو مات وترك خمرا ، وصارت خلا يقضى من ثمنه دين الميت ، وتنفذ وصيته ونظيره أن يبيع عبدا فأبق قبل القبض هل يبطل البيع قولان الأصح لا يبطل وللمشتري الخيار « وعندي »[1] أنه يبطل على المذهب الصحيح ، لأن المالية زالت بمصيرها خمرا فيستحيل بقاء البيع ، واذا بطل[2] البيع لا يعود من غير تجديد .

الرابع : ما فيه خلاف والأصح أنه كالذي لم يعد .

فمنه ، لو زال ملك الموهوب ثم عاد لم يرجع الأب في الأصح والفرق بينه وبين صورة الصداق السابقة أن حق الزوج في العين والمالية أي البدل وحق الأب في العين فقط ، والأول آكد .

ولو اشترى عينا وزال ملكه عنها ، ثم عادت اليه بملك آخر ثم حجز عليه « بالفلس »[3] ، فليس لبائعه الرجوع عليه في الأصح .

ولو أعرض عن جلد ميتة أو خمر فتحول بيد غيره لم يعد الملك في الأصح .

ولو رهن شاة ، فماتت في يد المرتهن بطل الرهن ، فلو دبغ الجلد لم يعد رهنا في الأصح ، بخلاف مسألة التخمير .

ولو جن قاض أو ذهبت أهليته لم ينفذ حكمه ، فلو زالت هذه الأسباب لم تعد ولايته في الأصح .

---

(١) في صلب النسخة (ب) « وعنده » وفي هامشها وعندي .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٣) في (ب) « لفلس »

ولو قلع سن « مثغور »[1] وجب الضمان ، فلو عادت لم يسقط في الأظهر ومثله « لو »[2] التحمت الجائفة أو نبت اللسان ، فالأصح أنه لا يسقط

ومنه عود اليمين بعود الصفة ، والأصح عدم العود .

ولو قطع أذنه ، فألصقها المجني عليه في حرارة الدم فالتصقت لم يسقط القصاص ، وقد يحكم بطهارتها من خلاف مبني على نجاسة العضو المبان من الآدمي .

ولو هزلت المغصوبة عند الغاصب ثم سمنت ، لم يجبر « في الأصح »[3] بل يضمن النقصان ، وهذه نعمة جديدة .

والضابط أن ما كان « المعلق »[4] فيه شرعيا ، اذا عاد فهو كالذي لم يزل كالمفلس اذا حجر عليه قبل اقباض الثمن ، وكان قد خرج عن ملكه ثم عاد ، وان كان وضعيا فكالذي لم يعد ، كما لو علق طلاقها على الدخول ، ثم أبانها ثم تزوجها فعادت ، لا يقع في الأصح .

* الزيادة المتصلة *

تتبع الأصل في سائر الأبواب من الرد بالعيب والفلس وغيرهما ، الا في الصداق ، فإن الزوج ، اذا طلق قبل الدخول ، لا يرجع الى النصف الزائد ، الا برضا المرأة .

---

(١) قال في المصباح حـ ١ ص ٣٩ ط ، الثالثة ثغر الصبي بالبناء للمفعول يثغر ثغراً وهو مثغور إذا سقط ثغره ولا تقول بنو كلاب للصبي أثغر بالتشديد بل يقولون للبهيمة أثغرت وقال أبو الصقر أثغر الصبي بالتشديد بالثاء والتاء وقال في كفاية المتحفظ إذا سقطت أسنان الصبي قيل ثغر فإذا نبتت قيل أثغر وأثغر بالثاء والتاء مع التشديد .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التعلق » .

والزيادة المنفصلة لا تتبع الأصل في الكل .

وعبر الماوردي فقال حكم الزيادة المنفصلة أن تتبع المالك دون الملك فرد الأصل بالعيب لا يوجب رد زيادته « والزيادة المتصلة تتبع الملك دون المالك ، كما أن رد الأصل بالعيب يوجب رد زيادته »[1] المتصلة .

وفرق الأصحاب بين الصداق وغيره بأن الطلاق انشاء تصرف من جهة الزوج في ملكه ، فيحدث به الملك على نصف ماسماه في العقد ، ولم يمكنه الرجوع في نصف العين ، لأنه أكثر من نصف المسمى ، فانتقل الى البدل ، وفي مسألتنا « فسخ »[2] العقد لمعنى ظهر من بعد فاستند الى حال العقد حكما ، وجعل كأن العقد لم يكن كالواهب يرجع في الهبة ، والبائع يرد « العين بالعيب »[3]

وقد يضاف لصورة الصداق المستثناة: العين « الموهوبة »[4] للولد على وجه وكذلك اللقطة ، اذا زادت زيادة متصلة ثم ظهر مالكها ، فانه ينحصر حقه في قيمتها على ما قاله الماوردي .

* الزيادة اليسيرة *

على ثمن المثل لا أثر لها ، وان كان فيها غبن ما ، كما في الوكيل بالبيع والشراء وعدل الرهن »[5] ونحوه ، الا في موضع واحد ، وهو ما كان شرعيا عاما ، كما في المتيمم[6] ، اذا وجد الماء يباع بزيادة يسيرة على ثمن المثل ، لا تلزمه

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) كلمة (العين) ذكرت في الأصل و(د) وساقطة من (ب) وكلمة (بالعيب) ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « المرهونة » .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل « وعدل الراهن » وفي (د) « » وعود الرهن » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التيمم » .

« في »[1] الأصح ، وقيل ان كانت مما يتغابن بمثلها وجب والمذهب الأول ، والفرق « بينه »[2] وبين غيره أن ما وضعه الشارع ، وهو حق له « بني »[3] على المسامحة .

اما وجدان الواجب بأكثر من المعتاد ، فينزل منزلة العدم ، كما لو وجد الغاصب المثل يباع بأكثر من ثمنه ، لا يكلف تحصيله في الأصح .

ولو لم يكن عند الجاني ابل ، وفي ابل البلدة ، غالب ، ولكنه يباع بزائد على ثمن مثله لم يلزمه شراؤه ، ويكون كالمعدوم قطعا ، ولم « يجروا »[4] فيه خلاف الغصب ولا يبعد التعدية في الموضعين .

ولو وجد المكفر الرقبة تباع بأكثر من ثمن المثل ، لا يجب الشراء ، بل يصوم على المذهب . ولهذا « اذا »[5] كان الزاد يباع بأكثر من ثمن مثله لا يجب الحج .

ولو وجد حرة بأكثر من مهر المثل له العدول الى الأمة في الأصح .

ولو وجد المضطر طعاما يباع بأكثر من ثمن مثله ، قال البغوي يجب الشراء ، ولا يأكل الميتة ، والمذهب خلافه .

* «الزيادة» [6] على العدد *

اذا لم تكن شرطا في الوجوب شرعا، لا يتأثر بفقده

ولهذا لو شهد ثمانية على شخص بالزنى، فرجم ثم رجع «أربعة[7]» عن

---

(١) في (ب) « على » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «بينها»

(٣) في (د) « مبنى »

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يجوزوا»

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ان » .

(٦) في (ب) و(د) « الزائد » وفي الأصل « الزيادة » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أربع » .

الشهادة، لا شيء عليهم، فلو رجع منهم خمسة ضمنوا «لنقصان[1]» ما بقي من العدد المشروط، لكن خالفوا هذا فيما لو ملك تسعة من الابل وحال «عليها[2]» الحول، ثم تلف قبل التمكن أربع، فان قلنا الوقص عفو كما الأصح فعليه شاة، وان قلنا الواجب سقط على الجميع فوجهان:

أحدهما كذلك، لما ذكرنا أن الزيادة لما «لم[3]» تكن شرطا في وجود الشاة لم يسقط شيء بتلفها. والأصح «أنه[4]» عليه خمسة أتساع شاة لأنها متعلقة بجميع التسع، فحصة كل بعير «منها[5]» تسع، فيسقط بتلف الأربع أربعة أتساع ويبقى الباقي.

* الزرع النابت في أرض الغير أقسام[6] *

«الأول» أن يزرع تعديا فيقلع مجانا، وليس لعرق ظالم حق، وفي الحديث «من زرع في أرض «قوم[7]» بغير اذنهم، فليس له من الزرع شيء وله نفقته[8]»

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «النقصان».

(٢) في (ب) و(د) «عليه».

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل.

(٤) في (د) «أن».

(٥) في (ب) «فيها».

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل «الزرع الثابت في الأرض أقسام» وفي (ب) «الزرع الثابت في أرض الغير أقسام».

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) ولم تذكر في الأصل.

(٨) قوله صلى الله عليه وسلم (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته) هو حديث أخرجه الترمذي وأبو داود عن رافع بن خديج - انظر سنن أبي داود تحقيق الشيخ محيي الدين عبد الحميد حـ ٣ ص ٢٦١ - ٢٦٢ ولفظه في الترمذي كما يلي عن رافع بن خديج أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (من زرع في أرض قوم بغير إذنهم فليس له من الزرع شيء وله نفقته) وقال الترمذي وسألت محمد بن إسماعيل عن هذا الحديث فقال هو حديث حسن وقال لا أعرفه من حديث أبي إسحاق إلا من رواية شريك انظر سنن الترمذي حـ ٦ ص ١٢٤ - ١٢٥ - ١٢٦.

نقل الترمذى عن «البخارى[1]» أنه حديث حسن .

قال.وبه قال أحمد «وإسحاق[2]» ، وقال ابن المنذر قال به أحمد ما دام الزرع في الأرض، فان «كان[3]» حصد فانما لهم الأجرة .

وقال الجمهور:الخبر اما منسوخ او مؤول على أنه زرع أرضهم ببذرهم على خلاف شرطهم، فالزرع لهم، وعليهم أجرة مثل عمله، وقال «الطحاوى[4]» «في مشكل الاثار: لا نعلم أحدا قال بهذا الحديث،الا «شريك بن عبد الله النخعي[6]» ، وهو قول حسن لهذا الحديث .

ووقع في الفتاوي أرض تؤجر وقت الزراعة بعشرين الفدان، واذا أوجرت بأجرة مؤجلة الى المُغَلّ أوجرت بأربعين، فغصبها غاصب وزرعها، ولم يطالبه

---

(١) هو محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاري أبو عبد الله أمير الإسلام والحافظ لحديث رسول الله صلى الله عليه وسلم صاحب الجامع الصحيح المعروف بصحيح البخاري ـ ولد رضي الله عنه ببخارى يوم الجمعة لثلاث عشرة خلت من شهر شوال سنة مائة وأربع وتسعين من الهجرة وتوفي يوم السبت غرة شوال سنة ست وخمسين ومائتين من الهجرة وله من العمر إثنتان وستون سنة إلا ثلاثة عشر يوماً ـ انظر تهذيب الأسماء واللغات للنووي حـ ١ ص ٦٧ ـ طبقات ابن السبكي حـ ٢ ص ٢ ـ تذكرة الحفاظ حـ ٢ ص ٤٧ ـ الفهرست لابن النديم ص ٣٣٥ ـ ٣٣٦ وغيرها من الكتب .

(٢) هو إسحاق بن راهويه واسم راهويه إبراهيم بن المروزي وكان إسحاق من جلة أصحاب الإمام أحمد بن حنبل له من الكتب كتاب السنن في الفقه وكتاب التفسير انظر الفهرست لابن النديم ص ٢٣٥ ط . الاستقامة .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٤) هو أبو جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك الأزدي الطحاوي ولد في طحا من صعيد مصر سنة تسع وثلاثين ومائتين ـ تفقه على مذهب الشافعي ثم تحول إلى مذهب أبي حنيفة وهو ابن أخت المزني من تصانيفه شرح معاني الآثار ومشكل الآثار والمختصر الصغير والمختصر الكبير توفي بالقاهرة سنة إحدى وعشرين وثلثمائة ـ انظر الفهرست لابن النديم ص ٣٠٦ ـ ابن خلكان حـ ١ ص ١١ ـ البداية والنهاية حـ ١١ ص ١٧٤ ـ اللباب حـ ٢ ص ٨٢

(٥) في (ب) « في معاني الآثار » .

(٦) هو شريك بن عبد الله بن الحارث النخعي الكوفي أبو عبد الله كان فقيهاً عالماً بالحديث واشتهر بقوة ذكائه وسرعة بديهيته ـ ولد في بخارى سنة خمس وتسعين من الهجرة ـ وتوفي بالكوفة سنة سبع وسبعين ومائة من الهجرة ـ انظر ميزان الإعتدال حـ ١ ص ٤٤٤ ـ تاريخ بغداد حـ ٩ ص ٢٧٩ ـ تذكرة الحفاظ حـ ١ ص ٢١٤ ـ وفيات الأعيان حـ ١ ص ٢٥٥ ـ طبقات الشيرازي ص ٦٦ .

صاحبها الى أوان المغل، والواقع في الأرض أن الزرع يبطل منفعتها فلا يتأتى اعتبار كل مدة «في نحوها[1]» .

وأجرة المثل، انما تكون حالة فهل يضمن العشرين فقط لأنها وجبت «عليه[2]» وقت زراعته حالة ؟

وأجاب بعضهم بأن «هنا[3] ضمانين» :

أحدهما ضمان «جنايته[4]» بابطاله منفعة الأرض بزرعه فيضمنه بقيمة تلك المنفعة حالا، وثبتت في ذمته سواء «طلب[5]» أم لا .

والثاني ضمان أجرة بقاء الأرض في يده اما «لاستمرار[6]» زرعه «فيها[7]» أو لغيره . وهذا يجب شيئا فشيئا، فأي وقت حضر المالك له مطالبته بالأمرين جميعا ضمان المنفعة الفائتة بجنايته «ووقت[8]» تفويتها وضمان أجرة «مثل[9]» المدة التي أقامت في يده .

«الثاني[10]» زرعها بعقد فاسد وقد «سبقت[11]» .

«الثالث[12]»: أن ينبت بغير اختياره، كما لو حمل السيل بذرا الى أرض الغير فنبت لصاحب البذر فيجب رده ان كان له قيمة، فان لم يكن كحبة أو نواة، فهل النابت لمالك الأرض أو لصاحب الحب وجهان أصحهما الثاني .

---

(١) في (ب) « ونحوها » . (٢) في (د) « عليهم » .
(٣) في (ب) و(د) « هذا ضمانان » وفي هامش (ب) هنا بدل هذا . أي أن الناسخ في (ب) وفي الأصل
(٤) في(د) « جناية » .
(٥) في (ب) « طولب » .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الاستمرار » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بها » .
(٨) في (ب) « وقت » (٩) في (ب) و(د) « المثل » .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل « الثالث » وفي (د) بياض .
(١١) في الأصل و(ب) و(د) « سبقت في » هذا ويوجد بعد كلمة « في » بياض في جميع النسخ .
(١٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

والأصح أنه يجبر على قلعه اذ لا تسليط من جهة المالك .

«الرابع»أن يؤ ذن له في شيء «فزرع [1]» ماضرره أعظم منه «كما [2]» لو استأجر لزراعة حنطة فزرع القطن فللمالك القطع مجانا فان مضت مدة لمثلها اجرة ففي المطلب ان قلنا في نظيره «من [3]» الأجرة تجب أجرة المثل فكذا هنا وان قلنا يستحق ما زاد على المسمى من أجرة المثل «فهنا [4]» تردد .

«الخامس»: أن يزرع المأذون فيه ببذره فالزرع له الا أن يكون فلاحا يزرع بالمقاسمة بينه وبين صاحب الارض كعادة الشام فان الزرع يكون في حكم المقاسمة على ما عليه عمل «أهل [5]» الشام «وأجازه [6]» بعض المتأخرين قال ووجهه من جهة الفقه أن الفلاح كأنه خرج عن البذر «لصاحب [7]» الأرض بالشرط المعلوم بينهما «فثبتت [8]» على ذلك واذا عرفت هذا وتعدى شخص على أرض «وغصبها [9] » وهي في يد الفلاح فزرعها على عادته لا نقول الزرع للغاصب بل للمغصوب منه على حكم المقاسمة وهذه فائدة جليلة تنفع في الاحكام .

« فائدة » [10] :

أعار أرضا للزرع فزرع ورجع المعير «فهل [11]» له مطالبته بالقلع قال ابن القطان في المطارحات ان كان مما يؤخذ فصيلا في العرف فانه يأخذه بقطعه وان كان مما «يستحصده [12]» لم يكن له مطالبته و يقال له «ان شئت [13]»

---

(١) في (د) « فيزرع »

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل، (د) (ما)

(٣) في (ب) (في) .

(٤) في (ب) ، (د) « فها هنا » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) ، (د) .

(٦) في (ب) « واختاره » .

(٧) في (ب) « إلى صاحب »

(٨) في (ب) و(د) « فثبت » .

(٩) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « غصبها » .

(١٠) في (ب) ، (د) « مسألة » .

(١١) في (ب) « هل »

(١٢) في (ب) ، (د) « يستحصد » .

(١٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) ، (د) وسقطتا من الأصل .

أذنت فأعطه قيمة زرعة قائما وان امتنع المستعير كان عليه «أجرة[1]» مثل الارض الى الحصاد .

(١) في (ب) «أجر» .

حرف السين المهملة

* السبب يتعلق به مباحث *

الأول :

قيل في حقيقته:ما يتوصل به الى الحكم ويكون طريقاً في ثبوته كالنصاب في الزكاة والحول شرط،فإن قيل هلا عكس قيل لأن الشارع إذا رتب حكماً عقب أوصاف فإن كانت كلها « مناسبة[1] » فالجميع علة كالقتل العمد العدوان وان ناسب البعض في ذاته دون البعض فالمناسب في ذاته سبب والمناسب في غيره شرط فالنصاب يشتمل على « الغنى[2] » ونعمة الملك في نفسه والحول مكمل لنعمة الملك « فالتمكين[3] » « بالتنمية [4] » في جميع الحول فهو شرط « له[5] » وقد يطلقه الفقهاء في الجنايات في مقابلة المباشرة .

وقال الغزالي كل ما يحصل الهلاك معه فاما أن يحصل به فيكون علته كالتردية في البئر،أو يحصل عنده لعلة أخرى لكن لولاه لم تؤثر العلة كحفر البئر مع التردية فهو سبب،وأما أن يحصل معه وفاقاً ولا يقف العمل على وجوده فلا عبرة به كما اذا ضربه ضربة خفيفة فمات فهذا لا يجعل سبباً بل هو موافقة قدر .

الثاني :

ينقسم السبب الى قولي وفعلي .

---

(١) في (د) « تناسب »

(٢) في (د) « المعنى

(٣) في (ب) « بالتمكن »

(٤) في (ب) « من التنمية »

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

فالقولي كالتحرم بالصلاة ونية الاحرام بالحج وغيره والبيع والهبة والاجارة وسائر العقود والتلفظ بالطلاق والعتق والظهار والرجعة .

والفعلي كالاصطياد والاحتطاب والاحياء وقتل الحربي والزنى والسرقة والقتل المحرم والوطء المقرر لكمال المهر ونحوه .

فالأول هل يثبت حكمه مع آخر جزء من الصيغة أم بتمامها فيه وجهان حكاهما الرافعي بالنسبة للبيع والعتق ونحوه وحكى الروياني في تكبيرة الاحرام « أنه[1] » هل يدخل في الصلاة بأول التكبير أو بالفراغ يتبين أنه دخل من أوله؟ وجهان يبني عليهما ما لو رأى المتيمم الماء قبل الفراغ من التكبير وعلى قياسه ينبغي أن يجري في البيع وجه بانتقال الملك بأول لفظ القبول وعلى هذا تحصل ثلاثة أوجه .

« وقال[2] » ابن عبد السلام المختار عند الأشعرية والحذاق من أصحاب الشافعي « رحمه الله[3] » أن هذه الأحكام تقترن بآخر حرف من حروف أسبابها فتقترن الحرية بالراء من أنت حر، والطلاق بالقاف من أنت طالق ، قال وهو يطرد في جميع ألفاظ الأمر والنهي فاذا قال أقعد كان أمراً مع الدال وكذلك لا تقعد .

« وقال[4] » الرافعي في كتاب الكفارة: اختلف الأصحاب في أن الطلاق والعتق وسائر الألفاظ هل يثبت « حكمها[5] » مع « الجزء[6] » الأخير من اللفظ أم « عقب[7] » « تمام[8] » أجزائه على الاتصال؟ وجهان والأكثرون على الثاني. انتهى .

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل ، (د)
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « قال
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٤) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « قال »
(٥) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « حكمهما »
(٦) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « الحرف »
(٧) في (ب) « عقيب »
(٨) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « اتمام »

« والثاني[1] » وهو الفعلي ففيه الخلاف « السابق[2] أيضاً » .

وقد ذكر الرافعي فيما لو ارتضع الصبي خمس رضعات حتى يحصل التحريم بانفساخ النكاح هل يثبت ذلك مع الرضعة الخامسة أو عقبها فيه وجهان . وبقي قسم ثالث يتقدم الحكم فيه على سببه كالدية « فانا[3] » نقدر دخولها في ملك القتيل قبيل آخر جزء من حياته والا لم تورث عنه ولم تنفذ « فيها [4] » وصاياه وديونه. وهذا كله فيما يمتد زمانه .

فأما اذا كان السبب المعلق عليه له أول وآخر وحقيقة تتم بآخره كالحيض يوجب الغسل بخروجه أو بانقطاعه أو بالمجموع فيجب بخروجه ولا يتحقق الا عند انقطاعه؟ ثلاثة أوجه أصحها الثالث كذا قاله الرافعي، وصحح النووي في شرح المهذب الثاني، وزاد وجهاً رابعاً وهو « بالقيام[5] » الى الصلاة وقد استشكل الثاني مع الثالث فانه هو هو، فان القائل بالخروج يسلم أنه لا يصح الا عند الانقطاع وجوابه ان الانقطاع « شرط[6] » في الثاني « وشطر[7] » في الثالث .

ونظيره الخلاف في كفارة اليمين هل سببها الحنث واليمين جميعاً أو سببها اليمين، والحنث شرط، أو سببها الحنث وحده؟ وتظهر فائدة الخلاف في صورتين :

احداهما: اذا استشهدت الحائض فان قلنا لا يجب بالخروج فلا تغسل والا فوجهان .

---

(١) في (ب) « والثاني » كما في الأصل و(د) ولكن الناسخ وضع بعد الواو علامة تشير الى الهامش وفي الهامش ذكر كلمة « أما » فعلى هذا تكون العبارة في (ب) « وأما الثاني » .
(٢) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « أيضاً السابق » .
(٣) في (د) « فانما »
(٤) في (ب) « منها » وفي (د) « فيه »
(٥) في (د) « القيام »
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « يشترط »
(٧) في (د) « وشرط »

الثانية:اذا قلنا الحائض لا تمنع القراءة فأجنبت فان قلنا غسل الحيض لا يجب بالخروج اغتسلت عن الجنابة والا فلا .

الثالث :

هل يجب التعرض له « في الإخبارات[1] » والانشاءات .

الأصل أن ما لزم على كل تقدير لا يحتاج الى التعرض لسببه وما اختلف أمره فلا بد من بيانه .

ولهذا يجب ذكر سبب الجرح دون التعديل على الأصح ولزم بيان السبب في الأخبار بالنجاسة لاحتمال أن يظن « أن[2] » ما ليس بنجس نجساً والشهادة بالردة[3] ملحقة » بالجرح عند المحققين فلا يقبل خلافاً لترجيح الرافعي .

« ولا بد[4] من » التفصيل لأنه قد يعتقد ما ليس بكفر كفراً،وكذلك لو ادعى أنه قتل مورثه فيذكر انه انفرد به أو شورك وأنه عمد أو خطأ أو شبه عمد .

قال الدبيلي في أدب القضاء « لو[5] » شهدوا أن هذه المرأة مطلقة ثلاث تطليقات لم يسمع حتى يذكروا لفظ الزوج بالطلاق لجواز أن يكون « قال لها[6] يا بائنة » أو حلال الله علي حرام ونحوه من الكنايات وكان.عندهم أن ذلك « طلاق[7] » .

---

(١) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « الا في اخبارات »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب)

(٣) هكذا في (ب) ، (د) وفي الأصل « بالزيادة تلحقه »

(٤) في (د) « ولأنه سبب »

(٥) في (ب) ، (د) « ولو »

(٦) ظ العبارة المشار اليها في القوسين أخذتها من الأصل و (ب) فهي في الأصل « قال لها بائنة « بسقوط « يا » وفي (ب) « قال يا بائنة » بسقوط « لها » أما في (د) فهي « قالها بائنة .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د)

ولو شهدا أنه ضربه بالسيف فأوضح رأسه جزم الجمهور بالقبول وقال القاضي الحسين لا بد من « التعرض[1] » لايضاح العظم لأن الايضاح ليس مخصصاً بذلك » .

ولو شهدا بدين أو ملك « يثبت[2] » الدين والملك وان لم يذكرا سبباً.قال ابن عبد السلام وهو في غاية الاشكال لاختلاف العلماء في الأسباب المثبتة للدين والملك .

قلت انما تقبل مطلقة عند عدم المنازع وأما عند ذكر « الانتقال[3] » من مالك آخر فلا بد من بيان السبب في الأصح .

ولو ادعى نكاح امرأة لا يكفيه الاطلاق بل لا بد من التفصيل والتعرض لشرائط النكاح بخلاف دعوى البيع ونحوه .

ومما يشترط فيه بيان « السبب[4] قطعاً لو » شهد باستحقاق الشفعة لم يسمع قطعاً بل لا بد أن يبين سبب « الاستحقاق[5] » من شركة أو جوار .

ولو شهدا بأن هذا وارثه لم تسمع أيضاً ، لاختلاف المذاهب في توريث ذوي الأرحام ولاختلاف قدر التوريث فلا بد أن يبينا جهة الميراث من أبوة أو بنوة وغيره ، ونظيره اذا أقر بوارث « مطلقاً[6] » لم يترتب على إقراره شيء حتى يعين جهة الارث ، بخلاف ما لو قال علي ألف درهم فانه تثبت عليه المطالبة ، وان لم يبين السبب « خلافاً[7] للهروي » ، لأن الاقرار حق عليه ، فيحتاط هو لنفسه ،

---

(١) في (د) « تعرض »
(٢) في (ب) و (د) « ثبت
(٣) في (ب) « انتقال »
(٤) في (د) « السبب الاستحقاق قطعاً ولو » .
(٥) « الكلمة ساقطة من (د)
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « مطلق »
(٧) هاتان الكلمتان سقطتا من الأصل وذكرتا في (ب) و(د)

بخلاف الميراث فإنه حق على ورثته أو على المسلمين .

ولو شهدا أن بينهما رضاعاً محرماً ، فالأصح لايقبل ، وقال الرافعي ان كان الشاهد فقيهاً موافقاً قبل والا فلا ، ولا يصح التحمل بالشهادة على الشاهد حتى يسترعيه الأصل أو يصغي اليه في مجلس حاكم أو محكم أو يبين سببه من قرض أو اتلاف أو ثمن مبيع ، وقيل لا يكفي الاستناد لسبب ورجحه الامام .

تنبيه :

استثنوا مما يشترط فيه بيان السبب ما لو كان المطلّق فقيهاً موافقاً فلا يحتاج لبيان السبب ، كما في نجاسة الماء ونحوه ، والقياس الحاق بقية نظائره به ، وقد قالوا ليبين شاهد الفرع عند الأداء جهة التحمل فان لم يبين ، ووثق القاضي بعلمه فلا بأس ، وبحث الرافعي ذلك في شاهدي الجرح أيضاً .

فائدة :

الاختلاف في السبب غير مضر في الاقرار ، فاذا قال له عندي ألف من ثمن عبد ، فقال المقر له:لا ، بل من دار،لم يضر ، ويحتمل الاختلاف في غير السبب بخلاف الشهادة .

ولو ذكر المدعي « سبباً[1]، والشهود » سبباً آخر ضر على الصحيح فترد شهادتهم لمناقضتها الدعوى .

الرابع : ما توقف على السبب تارة بسبب واحد وتارة بسببين وتارة بثلاثة

فالأول:يمتنع تقديمه عليه ، « لأن السبب يستدعي[2] وجود السبب » كزكاة المعدن والركاز مما لا يشترط« فيه [3] » الحول لا يجوز تقديمها على الحول وكذا زكاة الثمار

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د)

(٢) في (د) « لأن السبب يستدعي وجود المسبب »

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل.

ونازع الرافعي فيه ، وقال بل لها سببان ظهور الثمرة وادراكها والادراك تمامه حولان الحول ، قال ابن الرفعة وفيه نظر .

ومنه كفارة المجامع لا تجوز قبل الوقاع في الأصح ودم جزاء الصيد قبل جرحه لا يجوز ، والاحرام ليس سبباً للجزاء ومثله لا يجوز « تقديمه [1] » على الجرح بحال وعن أبي الطيب بن سلمة احتمال « فيه[2] » تنزيلاً للعصمة منزلة أحد السببين .

ولو نذر أضحية لا يجوز ذبحها قبل وقتها قطعاً ، واذا أراد الشيخ الهِمّ اخراج الفدية قبل دخول « شهر[3] » رمضان لم يجز ، وان أخرجها بعد طلوع الفجر « من يوم شهر رمضان[4] » أجزأه عن ذلك اليوم وان « أداها قبل الفجر[5] » ، ففيه احتمالان لوالد الروياني ، قال في الروضة وقطع الدارمي بالجواز وهو الصواب .

قال الشيخ ابو حامد:ولا يجوز التقديم في السبب الواحد ، الا في مسألة واحدة ، وهي اذا اضطر المحرم الى صيد فقدم الجزاء ، فان الشافعي « رحمه الله [6] » جوزه قال:وكأنه جعل الاحرام أحد سببيه فلذلك « جوزه [7] » وفيه نظر ، لأنه لو كان كذلك لجوزه قبل الجرح ، اذا لم يضطر اليه وهو لا يجوز على أن الرافعي حكى هذا وجهاً عن رواية ابن كنج ، وجعل المذهب جواز تقديمه بعد الجرح لوجود سبب القتل وامتناعه قبله سواء قتله مضطراً أو مختاراً ، لأنه « لم [8] » يوجد شيء من أسبابه ، وقيل يجوز لوجود الاحرام نعم الذي ينبغي استثناؤه ما لو

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « تقديمها »
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب)
(٤) هكذا في (د) وفي الأصل « من شهر رمضان » وفي (ب) « من يوم رمضان »
(٥) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « يجوزه » .
(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « لو »

احتاج المحرم للبس لحر أو برد أو الى الطيب والحلق لمرض ، فقدم الفدية عليه جاز في الأصح ، اذا لم يجعل الاحرام سبباً ، وكان الفرق بينه وبين صورة الصيد ان الاضطرار بصيال الصيد عليه مظنون لجواز انصرافه عنه .

« والثاني [1]: أن يجب « بسببين [2] » يختصان به ، فيجوز بعد وجود أحدهما تقديمه على الآخر[3] » ، اذا كان مالياً ، فخرج « بالمالي[4] » البدني ، فانه

إما مؤقت كالصلاة فلا يتقدم وقته وجمع التقديم ليس « يتقدم [5] » على الوقت ، بل هو الوقت في تلك الحالة ، « ولهذا[6] يقع » أداء ، « وكذلك[7] » التأذين للصبح قبل الفجر والصبي اذا بلغ في اثناء الوقت بعد ما صلى يجزئه وليس تقديماً . ومثله الفقير يحج قبل الاستطاعة .

واما غير مؤقت كالصيام في الكفارات ، فالصحيح أنه لا يجوز تقديمه على سببه ، وقيل يجوز التكفير بالصوم قبل الحنث ، وقولنا: يختصان به، احتراز من الاسلام والحرية ، فانهما لا يختصان به ، كما لا يجب به كزكاة الفطر ، ليس للاسلام والحرية فيها خصوصية بل « الزكاة [8] » كذلك والأصل في جواز تقديم هذا النوع كفارة اليمين بعد عقد اليمين ، وقبل الحنث ، وقيس عليه الباقي .

ومنه زكاة المواشي والنقدين تجب بسببين يختصان به ، وهما النصاب

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الثاني » .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) « بشيئين »
(٣) في (د) وصب النسخة (ب) « تقديم الآخر » وفي هامش (ب) تقديمه على الآخر » كما في الأصل.
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) (بالمال) .
(٥) في (د) « بتقديم ».
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل « ولهذا لا يقع » وفي (د) « وهذا يقع » .
(٧) في (ب) و (د) « وكذا ».
في (ب) و (د) « الزكوات ».

والحول ، ويجوز التقديم بعد وجود النصاب وقبل الحول ، والمعنى فيه أن الحكم له « استناد [1] » الى السبب وهو مركب وقد وجد جزؤه والآخر في حكم الموجود ، قال القاضي الحسين في باب الزكاة.وأجمعنا على أن المتعة تجب بالطلاق ثم لو أعطى المتعة قبل الطلاق ثم طلق ، فانه يجوز ويقع عن المتعة ، فكذلك الزكاة .

ومنه زكاة الفطر يجوز تعجيلها في جميع رمضان ، لأنها وجبت بأمرين يختصان به:ادراك رمضان والفطر.ولا يجوز قبل رمضان « للتقدم [2] » على السبب ويجوز للحامل تقديم الفدية على الفطر ، ولا تدفع الا فدية يوم واحد كما لا يعجل الا زكاة عام ، نعم لو أراد تعجيل الفدية « لتأخر [3] » قضاء رمضان الى ما بعد رمضان آخر قبل مجيء ذلك الثاني ، ففي صحته وجهان ، قال النووي : وهو كتعجيل كفارة الحنث « لمعصية [4] » .

والثالث : أن تجب بأسباب ككفارة الظهار على قول ابن أبي هريرة وجبت بثلاثة أسباب عقد النكاح والظهار والعود ، ويمتنع تقديمها على الظهار والعود ، وخالفه الجمهور وقالوا تجب بالعود والظهار شرط أو عكسه أو بهما ثلاثة أوجه فإن قلنا « بهما فلا يجوز [5] » تقديمها على الظهار ، ويجوز على العود .

ومثله وجوب الغسل من الحيض والنفاس بأسباب ثلاثة بالخروج والانقطاع والقيام الى الصلاة على وجه حكاه النووي في شرح المهذب ، والمعروف أنه « بسببين [6] » كما سبق .

البحث الخامس :

« إذا زال [7] » السبب هل يزول مسببه إن كان من حقوق الله « تعالى » [1] لم

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « إسناد» .
(٢) في (د) « للتقديم » .
(٣) في (ب) « ليؤخر » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « المعصية » .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « سببان لا يجوز »
(٦) في (د) « ليس » .
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « ادراك » .

يزل ، والا زال غالباً .

فمن الأول:المحرم يجب عليه إرسال الصيد المملوك له ، فلو لم يرسله حتى تحلل وجب عليه ارساله في الأصح ، لأنه يستحق الارسال ، فلا يرتفع هذا الاستحقاق بتعديه بالامساك .

ومنه:لو ذبح المحرم صيداً وقلنا بالقديم أنه لا يكون ميتة فيحل لغيره وهل يحل له بعد زوال الاحرام وجهان : أصحهما لا .

ومنه:الخمر الذي يجب اراقتها ، اذا خللت بصنعة آدمي لا تسقط وجوب الاراقة ، بل يدوم[1] نص عليه[1] لاستحقاق الازالة قبل ذلك.وقياسه فيما لو حكم الحاكم بهدم الدار « التي[2] » أعلاها الذمي على المسلم ، فباعها من مسلم أنه لا يسقط حق الهدم ، لكن لو أسلم عبد لكافر ثم أسلم السيد لا نأمره بازالة الملك عنه لزوال المانع بالاسلام .

ومن الثاني:ما لو علم بالعيب بعد زواله[1] وخيار العتيقة بعد عتق زوجها وثبوت الشفعة بعد زوال ملك الشفيع ، كل ذلك يسقط الحق في الأصح لزوال الضرر ، وكان ينبغي فيما اذا لم يعلم بالعيب حتى زال أن يثبت له الرد ولا نظر الى ما طرأ من الزوال ، لأنه لما زال في ملك المشتري كان نعمة حدثت في ملكه ، والخلاف الحاصل بالعيب قد قابله جزء من الثمن ، لأنه انما بذل الثمن في مقابلة سليم، ولم يحصل.وقطعوا في عيوب النكاح بنفي الخيار اذا زالت قبل الفسخ ، وأجروا خلافاً في عيوب « البيع[3] ».ومنه:لو حفر بئراً في أرض غيره تعدياً ضمن ما وقع فيها ، الا أن ينقطع العدوان بأن اشتراها من مالكها « أو رضي[4] » المالك

---

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الذي ».

(٣) في (د) « المبيع ».

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أو غيره تعدياً ضمن ما وقع فيها الا ان ينقطع العدوان ضي » ففي الأصل كلام مكرر بعد كلمة « أو » وقبل كلمة « رضي » وسقوط الراء من كلمة رضي .

« بابقائها[1] » على الأصح ، أو يمنعه من الطم عند المتولي خلافاً للامام ، ولا يرتفع عنه الضمان بابراء المالك على الأصح .

ولو حفرها في الطريق لمصلحة عامة ، فلا بد من اذن الامام ، فلو لم يأذن ثم أقره الامام على ذلك ينزل منزلة الحفر ابتداء حتى لا يضمن بالواقع فيها ذكره الشيخ أبو حامد في تعليقه ، ومثله ما اذا حفرها لمصلحة نفسه ، ثم أذن الامام ولا فرق .

* السراية *

حقيقتها « النفوذ[2] » في المضاف اليه ، ثم تسري الى باقيه ، كما في العتق بالاتفاق ، وكذا في الطلاق على الأصح ، وقيل « انه[3] » من باب التعبير « بالبعض عن الكل[4] » وأيد الرافعي الأول ، بأنه لو أضاف الطلاق الى عضو مبان منها لا يقع ولو كان بطريق التعبير بالبعض عن الكل لم يفرق بين البائن ، والمتصل ، وقد يقال في جوابه المراد بالتعبير بالجزء عن الكل بجزئها الحقيقي .

وهذا ليس كذلك بدليل عدم نقض الوضوء به .

فإن قلت:انه جزؤها مجازاً باعتبار ما كان،بدليل تحريم النظر لعضوها المبان .

قيل:كان الأصل التحريم في أعضائها ، فاستصحب التحريم ، وأما في الطلاق فالأصل العصمة ، ولا ينشأ « عدمها[5] » بمجاز ضعيف ، « ومما[6] »

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « ببقائها » وفي (د) « بارتفاعها » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « التفرد ».
(٣) في (د) « له »
(٤) في (د) « عن البعض بالكل » .
(٥) في (د) « عدتها ».
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « وما ».

يؤ يده ، أن البغوي قال لو أبين شعر الأمة ، ثم عتقت لم يكن عورة ، والعتق لا يتعدى الى المنفصل ، وكذلك الطلاق ، لا يقع على المنفصل ، «وقد يسري الرق[1] » فيما اذا اختار الامام رق بعض أسير ، للمصلحة ، فانه يجوز في الأصح فان منعنا سرى الرق لباقيه » قال[2] الرافعي » ، وكان يجوز أن يقال لا يرق شيء .

ولو عفى عن بعض القصاص سقط كله .

ومثله لو عفى عن بعض المأخوذ بالشفعة سقطت كلها ، ولا يتبعض لما فيه من ابقاء الضرر ، ثم قال الأصحاب:ما قَبِل التعليق من التصرفات صح اضافته الى بعض محل « ذلك[3] » التصرف كالعتاق والطلاق وما لا فلا كالنكاح والرجعة .

قال الامام:الا في مسألة واحدة ، وهي الايلاء ، فانه يقبل التعليق ، ولا تصح اضافته الى بعض المحل ، الا « في[4] » الفرج ، وفي الحقيقة لا يستدرك لأن مرادهم صحة « الاضافة[5] » الى البعض في الجملة ، « لا[6] » في جميع آحاده ، والايلاء يضاف الى بعض خاص ، واستدرك « القاضي البارزي[7] الوصية » ، فانه يصح تعليقها ، ولا يصح أن تضاف الى بعض المحل ، ذكره « في[8] » التمييز ويستدرك « عليها[9] » صور :

منها:ان تعليق الفسخ لا يجوز ، فاذا اشترى عبدين فوجد بأحدهما عيباً وقلنا لا يجوز افراد المعيب بالرد ، فلو رده كان رداً لهما على وجه .

(١) في (ب) « يسري الرق وقد يسري الرق » وفي (د) « فقد يسري الرق وقد لا يسري « الرق » .
(٢) في (د) « قال الامام الرافعي » .
(٣) في (د) « تلك » .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)
(٥) في (د) « الأمانة » .
(٦) في (د) « الا »
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القاضي الحسين زي الوصية » وستأتي ترجمة البارزي في ص ٥٧٩
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٩) في (د) « عليه »

ومنها « الكفالة [1] » ، لا يصح تعليقها ويصح أن تضاف الى بعض المحل على خلاف فيها .

ومنها التدبير يصح تعليقه ، ولو قال دبرت يدك أو رجلك لم يصح التدبير على وجه .

ومنها لا يصح تعليق الرجوع في التدبير ، ان قلنا يرجع « بالقول[2] » فيه ، كما جزم به الرافعي ، ولو قال رجعت في رأسك ، فهل يكون رجوعاً في جميعه؟فيه وجهان في الحاوي .

ومنها:الابراء ، لا يصح تعليقه ، ولو قال المستحق للدية:عفوت عن بعض دمك ، قال في البحر قبيل كتاب الشهادات ان قلنا البراءة عن المجهول تجوز ، فهذا أجوز،وان قلنا تمتنع فيحتمل أن يقال تجوز ، لأن العفو عن البعض منه كالعفو عن الكل .

ومنها:لو قال ان دخلت الدار فأنت زانٍ ، لا يكون « قاذفاً [3] » .

ولو قال زنى قبلك أو دبرك كان قاذفاً .

* السراية [4] في الأشقاص [5] لا في الأشخاص *

ولهذا لو أعتق أمته الحامل بمملوك له عتق الحمل لا بالسراية ، بل بالتبعية ، كما يتبعها في البيع ، « وهـذا »[6] يرد قول الشيخ عز الـدين : لا يسرى العتـق

(١) في (د) « الكفارة »

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) « فالقول » .

(٣) في (ب) و (د) « قذفا » .

(٤) في (د) « ومنها » ولم تذكر كلمة « السراية » في (د) .

(٥) قال في المصباح مادة شقص حـ ١ ص ١٤٦ ص . « الثالثة » الشقص الطائفة من الشيء والجمع أشقاص مثل حمل وأحمال والمشقص بكسر الميم سهم فيه نصل عريض « وأيضاً انظر القاموس المحيط مادة شقص حـ ٢ ص ٣١٨ ط . الثانية .

(٦) في (ب) « وبهذا » .

« عن »[1] شخص إلى آخر ، إلا عَتاق [2] الأمة الحامل ، فانه يسرى إلى جنينها .

ولو ملك شقصا من عبد فأعتقه ، وهو موسر سرى إلى نصيب شريكه.ولو ملك أمة وملك الآخر حملها ، فأعتقها لم يسر العتق إلى الحمل ، وان كان موسرا .

قال الشيخ أبوعلي في شرح الفروع . والفرق بين نصيب الغير تنفذ [3] السراية فيه مع اليسار ، ولا تنفذ في حمل الغير مع اليسار ان ملك كل واحد منهما في الشركة « مختلط »[4] بملك صاحبه وما من جزء إلا وهو شائع بينهما ، فلما نوى الشروع سرت الحرية إلى الباقي ، فأما الحمل ، وان كان في بطن الأم « فهو » نفس[5] « ينفرد »[6] عن الأصل ألا ترى أنه « ينفصل إلى مدة[7] ويكون له حكم نفسه دون الأم.وأما نصيب الشريك فلا يجوز أن ينفك « قط »[8] عن نصيبه ، ويكون له حكم نفسه ، فلذلك افترقا .

* السفر قسمان *

طويل وقصير :

فالطويل مرحلتان،والقصير ما دون ذلك .

وضبطه البغوي في فتاويه ، بأنْ يفارق البلد إلى موضع لو كان مقيما لم تلزمه الجمعة لعدم سماعه النداء ، وضبطه غيره بميلٍ ، وبه جزم الشيخ أبو حامد في

---

(١) في (ب) و(د) « من » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الإعتاق » .
(٣) في (ب) «« الغير أن نصيب الغير تنفذ » .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل « مختلطاً » وفي (د) « يختلط » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نفس » فكلمة « فهو » ساقطة من الأصل وذكرت في (ب) و(د) .
(٦) في (ب) « منفرد » . (٧) في (د) « ينفصل عنها إلى » .
(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « قسط » .

استقبال القبلة ، ونقله عنه النووي في باب الحج من شرح المهذب ، والأشبه الرجوع فيه إلى العرف وكلام الرافعي في باب الوديعة يشير إليه .

« ويخرج »[1] على ذلك ما لو حلف ليسافرن يبرّ [2] بماذا . ورخص السفر سبقت في حرف الراء .

* السفيه « تصرفاته »[3] على ثلاثة أقسام *

أحدها ـ ما يمتنع منه ، ولو أذن الولي على الأصح ، وهو غالب تصرفه المالي .

ثانيها ـ ما يصح بإذنه وهو النكاح .

ثالثها ـ ما يصح منه سواء أذن الولي أم لا ، وهو عباداته ، وبعض تصرفه المالي ، كالتزامه الجزية ، ومصالحته عن القصاص الواجب عليه ونكاحه الأمة عند خوف العنت ، ومنعه الولي يصح في الأصح ، كما قاله في المطلب .

ولو حفت حاجته إلى المطاعم ونحوها ، وامتنع الولي وعسرت مراجعة الحاكم ، قال الامام ففي صحة شرائه تردد للعراقيين فان انتهى الأمر إلى الضرورة ، فالوجه القطع بتجويز تصرفاته ، وذكر في نكاحه نحوه ، « وتصح منه »[4] الوصية والتدبير على المذهب وينعقد نذره المالي في الذمة . هذا كله في الدَفْع .

أما الجَلْبُ،فيصح منه الخُلعُ وتملّك المباحات وقبولُه الهبةَ والوصيةَ على الأصح ، لكن لا تسلم إليه ، فان « تسلمها »[5] غرم من أقبضه الوصية دون

(١) في (ب) و(د) « ويتخرج » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يبرأ » .
(٣) في (ب) و(د) « تصرفه » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ومنّه تصّح » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « سلمها » .

الهبة ، لأن ملك الوصية بقبوله بخلاف الهبة ، قاله الماوردي .

* السكران *

في سائر أحواله كالصاحي على المذهب ، إلا في نقض الوضوء .

* السكوت ضربان *

« الأول »[1] أن يكون بمجرده ينزل منزلة التصريح بالنطق في حق من نجب له العصمة .

ولهذا كان تقريره صلى الله عليه وسلم من شرعه ، وكان الاجماع السكوتي حجة عند كثيرين ، لأنه نازل منزلة النص ، فان الاجماع مشهود له بالعصمة ، وأظهر القولين أنه لا اطعام في كفارة القتل ، لأنه مسكوت عنه في الآية ، والمسكوت لا يكون له حكم المنطوق ، وهذا على رأي من يقول ان [السكوت عن الحكم مناسب لانتفائه فيلزم منه خلاف حكم المنطوق في جانب »[2] المسكوت عنه لكون التخصيص بالذكر « مقيدا »[3] من مفهوم المخالفة . أما إذا علم أن « المسكوت »[4] أشد مناسبة للحكم في المنطوق ، كما في الضرب مع التأفيف ، وكما فوق الدينار « ودون »[5] القنطار « انعكس الحكم »[6] ، وكان من مفهوم الموافقة ، ويتأكد بذلك « القول »[7] « بشرعية الاطعام »[8] في كفارة القتل .

---

(١) في (ب) « أحدهما » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٣) في (ب) « مفيداً » .

(٤) في (د) « الساكت » .

(٥) في (د) « وفوق » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « العكس الحكم » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « التقول » .

(٨) في (د) « شرعية للإطعام » .

والثاني غير المعصوم ، فالأصل أن لا ينزل منزلة نطقه ، « لا سيما »[1] إذا كان السكوت « محرما »[2] .

ولهذا قال الامام الشافعي « رضى الله تعالى عنه »[3] ، لا ينسب [إلى ساكت][4] قول نعم ، « إذا »[5] قام دليل على الاكتفاء به كسكوت البكر عند الاستئذان في التزويج . « ولهذا »[6] « اكتفى به »[7] وكذلك إذا قامت قرائن تدل على « رضاه »[8] فينزل منزلة النطق .

والأحوال بحسب ذلك أربعة :

« الأول »[9] ما ينزل منزلة النطق قطعا كالسكوت من البكر في الاذن في النكاح إذا استأذنها الأب أو الجد ، والمدعى عليه إذا سكت عن الجواب بعد عرض اليمين عليه جعل كالمنكر الناكل فترد اليمين على المدعي .

ولو نقض « بعض »[10] أهل « الهدنة »[11] ، ولم ينكر الباقون بقول ولا فعل ، انتقض في الساكتين أيضا .

ولو تبارز اثنان وشرطنا الأمان الى انقضاء القتال ، فأعان « الكافر »[12] جماعة من صفه بغير « استجارة »[13] ، وسكت « ولم »[14] يمنعهم انتقض أمانه ،

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « سيالا » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « تحريا » وفي (د) « مجزوما » .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل « رضي الله عنه » وفي (ب) « رحمه الله » .
(٤) في (د) « لساكت » .
(٥) في (ب) « ان » .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د).
(٧) في (د) « ان اكتفى » .
(٨) في (ب) « إرتضائه » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فالأول » .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الذمة » .
(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الكفار » .
(١٣) في (ب) و(د) « إستجازة » .
(١٤) في (د) ولو .

وجاز لغير المبارزين قتله .

ولـو رأى السيد عبـده يتلف مالا لغـيره ، وسـكت عنـه ، فان السيد « يضمنه »[1] ، ذكره الرافعي في التقاط العبد .

ولو التقط الصبي وصححناه فرآه الولي ، فلم ينزعه ، فتلف فانه يضمنه ، كما لو احتطب ورآه معه فلم يأخذه .

الثاني : ما ينزل منزلته في الأصح ، وهو السكوت في البكر « البالغ »[2] إذا استأذنها العصبة أو الحاكم ، ويشترط أن لا تظهر قرينة بالمنع ، فلو بكت مع صياح لـم يكن شيء .

« ولو حلق الحلال رأس محرم »[3] وهـو ساكت ، فلـم يمنعـه مع القـدرة فالأصح أنه كما لو حلق بأمره فتلزمه الفدية ، وعلله الرافعي بأن الشعر عنده وديعة أو عارية ، وعلى التقديرين فيجب الدفع عنه ، قيل ومقتضى هذا ، أنه لو أتلف مكلف الوديعة ، والمودع ساكت مع القدرة على دفعه أنه يكون ضامنا ، وينـزل سكوته منزلة الاذن في الاتلاف .

ومنه:لو باع العبد البالغ وهو ساكت صح البيع في الأصح ، وقيل لا بد أن يعترف « بأن »[4] البائع سيده .

ومنه:القراءة على الشيخ ، وهو ساكت « يسمع »[5] تنزل منزلة نطقه قال امام الحرمين « يشترط »[6] أنه لو عرض من القـارىء « تصـحيف »[7] وتحـريف لرده

---

(١) في (ب) « يلزم به » .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (ب) « ولو حلق الحلال عن المحرم » وفي (د) « ولو حلق المحرم عن الحلال » .
(٤) في (د) « أن » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٦) في (ب) « بشرط » .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «تصريف»

الشيخ ، فسكوته حينئذ بمنزلة قراءته « قطعا »[1] .

وقال ابن دقيق العيد في شرح العنوان ، إذا سكت الشيخ « مقرّاً »[2] على ما قرىء عليه ، فهل يجوز في مثل هذا أن « يقال »[3] أخبرنا؟اختلفوا فيه ، وقطع جماعة من أصحاب « الامام »[4] الشافعي « رضى الله عنه »[5] أنه لا يجوز ، وهو اللائق بمذهبه ، لتردد السكوت بين الإخبار وعدمه ، وقد قال « الامام »[6] الشافعي « رضى الله عنه »[7] ، لا ينسب لساكت قول ، وهذا هو الصواب ، وقيل يجوز اعتمادا على القرائن وظاهر الحال .

الثالث : ما لا ينزل منزلته قطعا ، كما لو سكت عن وطء أمته ، لا يسقط به المهر ، وكذا لو سكت عن قطع عضو منه أو إتلاف شيء من ماله من غير فعل منه ، لا يسقط ضمانه ، وكذا لو استؤذنت « الثيب »[8] في النكاح ، (فسكتت)[9] « لا أثر له.والمذهب أن الولي لا يملك قبض مهر البكر الرشيدة ، إلا بإذنها ، فلو استأذنها فسكتت ، لم يستفد بسكوتها « الاذن »[10] في القبض قطعا ، وحاول الرافعي تخريج وجه فيه ذكره في « باب »[11] النزاع « من »[12] الصداق ، ويؤيده ما سنحكيه عن فتاوي البغوي .

الرابع : مالا ينزل منزلته في الأصح .

فمنه:إذا علم البائع أن المشتري « يطأ »[13] الجارية في مدة الخيار لا يكون

---

(١) في (د) « نطقاً » .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «فقرأ»
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «نقول».
(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د).
(٥) في (ب) «رحمه الله» ولم تذكر في (د).
(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د).
(٧) في (ب) « رحمه الله » وفي (د) « رضي الله تعالى عنه » .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البنت » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فسكت » .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(١١)هذه الكلمة ساقطة من (د).
(١٢) في (ب) و(د) « في » .
(١٣)في (ب) « وطى » .

مجيزا للعقد بسكوته في الأصح .

ولو حمل أحد المتبايعين[1] في مجلس الخيار فأخرج ولم يمنع من الكلام فالأصح أن خياره لا يبطل ، لأنه مكره في المفارقة .

ولو حلف لا يدخل الدار ، فحمل وهو قادر على الدفع لا يحنث .

ولو استلحق بالغا ولم يكذبه وسكت لم يثبت نسبه والشرط التصديق نقله الرافعي في باب الاقرار بالنسب « ثم ذكر في فصل التسامح في الشهادة أن سكوت البالغ في النسب »[2] كالاقرار به .

قال ابن الصباغ ، وانما أقاموا السكوت في النسب مقام النطق ، لأن الاقرار على الانساب الفاسدة لا يجوز ، ومنهم من شرط في ذلك أن يتكرر الحال .

ولو استؤذنت البكر في أقل من مهر المثل أو في غير نقد البلد فسكتت ، لم يكن إذنا ، لأنه مال ، فلا يكفي سكوتها « كبيع »[3] مالها ، قاله صاحب البيان ، وهو ظاهر ، ولكن كلام البغوي في فتاويه يقتضي الاكتفاء به .

ولو عقد على امرأة ولم تزفّ إليه ، بل بقيت ساكتة ، ولم تعرض نفسها فلا نفقة « لها »[4] ، إن قلنا « انها تجب »[5] « بالتمكين ، وهو الأصح ، فان قلنا بالعقد وجبت .

تنبيه :

حيث قلنا لا ينسب له قول فلا ينسب له فعل .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البائعين » .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٣) في (ب) و(د) وفي الأصل « لبيع » .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أنها لا تجب » .

ولهذا لو كان تحته صغيرة وكبيرة فارتضعت الصغيرة ، وهي ساكتة فهو كما « لو كانت »[1] نائمة أولا وجهان أصحهما الأول .

ولو قصد رجل قطع يد آخر ظلما ، فلم يدفعه المقطوع وسكت حتى قطع لا يكون اهدارا في الأصح .

* السنة يتعلق بها مباحث *

الأول :

أنها تنقسم إلى سنة عين « والى سنة »[2] كفاية ، كما في الفرض ، ونقل الشاشي عن القاضي « الحسين »[3] ليس لنا سنة على الكفاية ، إلا الابتداء بالسلام ، وهو « مستدرك »[4] بالأذان والاقامة والتسمية على الأكل وشاة الأضحية ، فاذا ضحى واحد في بيته أقام شعار السنة وتشميت العاطس وما يفعل بالميت مما ندب إليه .

الثاني :

إذا ترك المصلي سنة ثم ذكرها ، فان فات محلها ، فلا تدارك ، كما إذا تذكر أنه « ترك »[5] رفع اليدين في تكبيرة الاحرام بعد فراغها ، وان لم يفت فان لم يتلبس بغيرها ، ندب العود إليها ، وان تلبس لم يعد سواء تلبس بفرض أو سنة .

فالأول : كما لو ترك التشهد الأول ثم ذكره بعد القيام ، هذا في الفرض

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كانت لو » .
(٢) في (ب) و(د) « وسنة » .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يستدرك » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

الفعلي قال ابن الرفعة ومثله القولى ، إن قلنا « تكرره »[1] مبطل ، والا فينبغي أن يعود إلى المتروك ، وبه صرح القاضي أبو الطيب وغيره ،

فقالوا : إذا ذكر تكبيرات العيد بعد شروعه في الفاتحة ، كان « له العود إليها »[2] على « القول »[3] القديم .

والثاني « لا »[4] ، كما لو ترك دعاء الاستفتاح فذكره بعد التعوذ لا يعود إليه في الأصح ، ويمكن جعل هذا من القسم الأول ، لأن محل الاستفتاح أول الصلاة وبالتعوذ أولَه تزول الأولوية .

ويستثنى من هذا القسم ما « إذا »[5] ترك تكبيرات العيد ، فذكرها بعد التعوذ ، وقبل الشروع في الفاتحة ، فيأتي بهنّ قطعا ، كما قاله في شرح المهذب ، لأن محلهن قبل القراءة ، وتقديمهن على « التعوذ »[6] سنة لا شرط .

ويستثنى من الأول ما لو صلى قاعدا لعذر فلما فرغ من السجود في الركعة الثانية ، « وقعد »[7] ابتدأ »[8] الفاتحة ، ففي فتاوي البغوي ، أنه ان علم « أنه »[9] محل التشهد ، لكن جرت الفاتحة على لسانه عاد للتشهد ، وجزم به الرافعي بخلاف ما لو ظن أنه قرأ التشهد وفرغ منه ثم شرع في قراءة الفاتحة ، ثم تذكر فانه لا يعود إليه في الأصح .

---

(١) في (ب) « تكريره » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « العود إليها له » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في الأصل وهامش (ب) وسقطت من صلب النسخة (ب) ومن النسخة (د) .
(٥) في (ب) و(د) « لو » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القعود » .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « وقصد » .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ابتداء » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أن » .

ثم قال البغوي : « ولو »[1] نسى الجلوس فاشتغل بالفاتحة على ظن أنه محل قيام ، هل يعود إلى التشهد فيه احتمال وجهين أصحهما لا ، لأن هذا القعود بدل عن القيام ، كما « ذكرناه »[2] .

ومنها لو قرأ المصلي آية السجدة فلم يسجد وركع ، ثم بدا له أن يسجد ، فقال المسعودي ليس « له »[3] « ذلك بعد أن شرع في الفرض ، قال صاحب « الخواص الشريعة »[4] ، وليس كذلك ، بل له أن يسجد « مهما »[5] شاء ، لقيام سنة السجود ، بخلاف ما إذا ترك التشهد وقام لا يعود إلى التشهد ، والفرق أنه لو عاد لكان في ذلك « زيادة ركن »[6] ، وليس في سجود التلاوة ترتيب حتى « يعيد »[7] الركن .

أما إذا ترك السنة وتلبس بفرض وعارضه فرض المتابعة ، كما لو ترك الامام التشهد الأول ناسيا ، فتابعه المأموم ، ثم عاد الامام قبل الانتصاب والمأموم قد انتصب ، فهل يعود المأموم وجهان أصحهما نعم ، لأن متابعة الامام فرض بخلاف الامام « والمنفرد »[8] فانهما لو رجعا لرجعا من فرض إلى سنة .

وقد يقال تعارض فيه فرضان ، لأنه قد تلبس بفرض ، وهو القيام والقدوة واجبة ، ومضيه فيما تلبس به أولى من إبطاله « والشروع »[9] في غيره .

---

(١) في (ب) و(د) « وإن » . (٢) في (ب) و(د) « ذكرتا » .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (ب) « الخواطر لشريفة » وفي «د» « الخواطر الشريعة » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ميمهما » .

(٦) في (ب) « زيادة ركوع ركن « فكلمة ركوع ذكرت في النسخة (ب) ولم تذكر في الأصل و(د) إلا أن الناسخ في (ب) وضع عليها خطوطاً .

(٧) في (د) « يعود » . (٨) في (د) «أو المنفرد » .

(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فمن الشروع » .

ويجاب بأمرين :

أحدهما أن تلبسه بالقدوة سابق ، فلذلك جوز له العود إليها .

والثاني أن القدوة آكد ، ولهذا « يسقط »[1] فيها القيام والقراءة عن المسبوق إلى الركوع . وهذا فيما إذا قام ناسيا ، أما إذا قام ظانا قيام إمامه ، فبان خلافه ، « وأنه »[2] قعد للتشهد ، « فهو »[3] يتخير .

الثالث : إذا فاتت السنة في محلها جاز قضاؤها في مثل محلها ، إذا لم يكن في قضائها ترك سنة أخرى . ويتضح ذلك بصور :

منها:ما أدركه المسبوق ، فهو أول صلاته ، فلو أدرك مع الامام الركعتين « الأخيرتين »[4] من الرباعية ، فالنص أنه يقرأ السورة في « الأخيرتين »[5] ، وان قلنا لا يستحب « فيهما »[6] ، لأنها فضيلة فاتت في اوليين ، فلا يفوتها .

ومنها:نص أيضا على أنه لو ترك قراءة السورة في الركعتين الأوليين « يقضيها في الأخريين »[7] .

ومنها:إذا قرأ الامام في الجمعة في الأولى « سورة »[8] المنافقين ، وترك الجمعة فيستحب له في الثانية قضاء سورة الجمعة وإتباعها بالمنافقين .

ومنها:إذا قلنا لا يسن « التعوذ »[9] ، إلا في الركعة الأولى ، فلو تركه في الأولى عمدا أو سهوا تداركه في الثانية ، بخلاف دعاء الاستفتاح ، وقولنا ، إذا لم

---

(١) في (د) « سقط » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «وأن»
(٣) في (ب) و(د) « فإنه » .
(٤) في (ب) و(د) « الأخيرين » .
(٥) في (د) « الأخريين » .
(٦) في (د) « فيها » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يقضيهما في الأخيرتين » .
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بسورة » .
(٩) في (د) « القعود » .

« يكن »[1] « إحترازا »[2] عمن « فاته الجهر »[3] « في الأولين من العشاء ، « لا »[4] يستحب له الجهر في « الأخيرتين »[5] ، وكذا من ترك الرمل في الأشواط الثلاثة ، لا يقضيه في الأربعة الباقية ، لأن ذلك يؤدي إلى ترك السنة في الأربعة ، وتكره الاشارة في التشهد بمسبحة اليسرى ، فلو كان أقطع « اليمنى »[6] ، لم يشر بمسبحة اليسرى ، لأن سنتها البسط دائما .

* السؤال معاد في الجواب *

فلو قال بعتك بألف ، فقال اشتريت « صح بالألف »[7] في « الأظهر »[8] .

ولو قالت المرأة طلقني على ألف فأجابها ، وأعاد ذكر المال لزم ، وكذا ان اقتصر على قوله طلقتك في الأصح « كذا يصرف »[9] إلى السؤال ، وقيل يقع رجعيا ولا مال .

ولو سألت بكناية « فقالت »[10] أبِنّي بألف فقال أنت طالق ، ثم قالت المرأة لم أنو شيئا ، فلا يقع الطلاق على المشهور ، لأن السؤال يعاد في الجواب ، وكأنه قال أنت طالق على ألف ، وحينئذ فلا تطلق ما لم يلزمها الألف .

ولو قال طلقي نفسك ، ونوى الثلاث ، فقالت طلقت نفسي ونوت الثلاث

---

(١) في (ب) « يمكن » .
(٢) في (ب) و(د) « احتراز » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فاته فإنه الجهر » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فلا » .
(٥) في (د) « الأخريين »
(٦) في (ب) و(د) « اليمين » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بالألف صح » .
(٨) في (ب) و(د) « الأصح » .
(٩) في (ب) « كذا انصرف » .
(١٠) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « فقال » .

وقعت ، كما لو صرحا به لفظاً .

ولو قال طلقي نفسك ثلاثا فقالت طلقت نفسي ولم تتلفظ بعدد ولا نوته وقع الثلاث ، لأن قولها جواب لسؤاله ، فهو كالمعاد ، بخلاف ما إذا لم يتلفظ هو بالعدد ، بل نواه ، لأن المنوي ، لا يمكن تقدير عوده في الجواب ، فان « التخاطب »[1] باللفظ لا بالنية ، وفيه احتمال للإمام لا يقع ، إلا واحدة ، قال ، وقد ذكرنا خلافا فيما إذا نوى الزوج العدد ، ولم تنوه المرأة ، فمن قال « وقع »[2] هناك العدد ، فله أن « يعتض »[3] بهذه الصورة .

ويستثنى ما لو قالت له زوجته طلقني وطلقني وطلقني فقال طلقتك ففي الرافعي قبل فصل التعليق أن نوى ثلاثا أو واحدة وقع ما نواه ، وان لم ينو شيئا ، فالقياس أنه يقع واحدة .

ولو فعل شيئا وأنكره ، فقال له قائل ، ان كنت « صادقا »[4] فامرأتك طالق ، فقال طالق وقع الطلاق ، فان إدعى انه لم يرد طلاق إمرأته فيقبل لأنه لم يوجد منه تسمية لها ، ولا إشارة اليها ، قاله الرافعي في أثناء أركان الطلاق .

ولو قال الولي زوجتك بنتي على صداق بألف فقبل الزوج النكاح ، ولم يتعرض للصداق فهل نقول القبول منزل على الايجاب ، فينعقد النكاح بالمسمى المذكور ، كما في البيع ، أو نقول ان الصداق ليس ركنا في النكاح فلا يحتاج في الصحة إلى تنزيل القبول عليه ، بخلاف الثمن في البيع ، فعلى هذا يصح البيع بالمسمى ، ويصح النكاح بمهر المثل، جزم الماوردي بالثاني في باب الكلام الذي ينعقد به النكاح ، وفي المطلب أن الماوردي ، قال في كتاب الخلع انه أظهر القولين .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « المخاطب » وفي (د) « الخطاب » .
(٢) في (ب) و(د) « يقع » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يعضد » .
(٤) في (ب) و(د) « كاذباً » .

وذكر بعض الفضلاء أنه ينبغي أن يفصل بين قوله قبلت نكاحها وبين قوله قبلت هذا النكاح ، فيلزم مهر المثل في الأولى عند من يرى صحة النكاح ويلزم المسمى في الثانية نظرا إلى أن الاشارة وقعت للنكاح المشتمل على الصداق المسمى فيه فينصرف القبول إلى النكاح ، والمسمى من أجل الاشارة الى صورة عدم ذكر الزوج المسمى في قبوله .

تنبيه :

لهذه القاعدة قيد وهو أن لا يقصد بالجواب الابتداء .

ولهذا لو قال المشتري لم أقصد بقولي اشتريت جوابك ، فالظاهر ، كما قاله في البحر القبول .

ولو قالت طلقني بألف فقال « طلقتك »[1] ، وقال قصدت الابتداء دون الجواب قبل ، وكان رجعيا قطع به الرافعي ، « لكن »[2] يذكر عن فتاوي القفال فيما لو قالت له زوجته واسمها فاطمة طلقني فقال طلقت فاطمة ، ثم قال نويت فاطمة « أخرى طلقت ، ولا يقبل قوله لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء طلقت فاطمة]»[3] ، ثم قال نويت « فاطمة »[4] أخرى .

فائدة :

ليس كل ما يسأل عنه يمنح فيه بالجواب ، وان حفت الضرورة ألا ترى أنه لو تقابل راكبان على قنطرة لا يفتي لأحدهما بالقاء دابة الآخر في الماء ، لكن أيهما إبتدر إلى « القاء »[5] دابة صاحبه في الماء عصى الله تعالى وعليه الضمان .

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « طلقت » .
(٢) في (ب) « لكنه » .
(٣) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .

ولو ابتلعت دجاجة « إنسان »[1] لؤلؤة لآخر لا يفتى له بذبحها ، فان فعل عصى الله تعالى ، وغرم النقص ، وتوصل إلى عين ماله « ذكرها »[2] الأصحاب في مسألة ابن الحداد في الحج ، وهي من مناصيص « الامام »[3] الشافعي « رضوان الله تعالى عليه »[4] ، فروى « الهروي صاحب الحاكم »[5] في مناقب « الامام »[6] الشافعي « رحمه الله »[7] بسنده إلى ابن خزيمة عن المزني سئل « الامام »[8] الشافعي « رحمه الله »[9] عن نعامة ابتلعت جوهرة « لآخر »[10] ، فقال لست آمره بشيء . ولكن إن كان صاحب الجوهرة كَيّسا عدا على النعامة فذبحها واستخرج جوهرته ، ثم يضمن لصاحب النعامة ما بين قيمتها حية ومذبوحة .

* سلامة العاقبة *

كثير من كلامهم يجوز كذا بشرط سلامة العاقبة ، واستشكل « لأنها »[11] مستورة عنا ، فكيف يحال الحكم « على »[12] مجهول ، « وقد قال »[13] الرافعي في باب الوديعة ليس المراد منه اشتراط السلامة في نفس « الجواز »[14] حتى إذا « لم »[15]

---

(١) في (ب) « الانسان » .

(٢) في (ب) و(د) « ذكره » .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب).

(٤) في (ب) « رحمه الله » ولم تذكر في (د) .

(٥) هو محمد بن الفرات إسماعيل الهروي الذي ألف في مناقب الإمام الشافعي توفي سنة أربع عشرة وأربعمائة ـ أنظر كشف الظنون جـ ٢ ص ١٨٣٩ .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (الآخر) .

(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لأنه » .

(١٢) في (د) « عن » .

(١٣) في (ب) و(د) « وقال » .

(١٤) في (د) « الجواب » .

(١٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

« تسلم الوديعة » « تبين »[٥] عدم الجواز كيف والسلامة أو عدمها « تبين »[٢] آخرا . « ونحن »[٣] نجوز له التأخير في الحال ، ولكن المراد أنا نجوز له التأخير ، « ونشترط »[٤] عليه إلتزام خطر الضمان إنتهى .

وذكروا في باب التعزير ، أنه إنما يباح بشرط سلامة العاقبة ، وأشار الغزالي « رحمه[٥] الله » هناك إلى أنه يعتبر مع ذلك أن يكون الغالبُ السلامةَ والهلاكُ نادراً ، ويلتحق به الحدود التي لا يقصد بها القتل ، يعتبر[٦] أن يكون بحيث لو تعدى به في غير الحد متعدٍ على سبيل الجناية لم يجب فيه قصاص ، لكونه لا يقتل غالبا .

قال ابن الصلاح ، ويحتمل أن لا يعتبر هذا ، إلا في التعزير ، أما الحد الذي هو دون القتل كالجلد ونحوه ، فقد يكون «قاتلا »[٧] وقد يكون بحيث لو حدث مثله من « جان »[٨] متعد لتعلق به القصاص ، واذا مات به المحدود فالحق قَتَله ويدل على هذا حد « القطع في السرقة »[٩] .

قلت والتحقيق في هذا أن كل ما أفضى إلى الضمان فهو غير جائز إذ جوازه « مشروط[١٠] بسلامة » العاقبة ، ولم يحصل الشرط ، فكذا شروطه ، وكان مقتضى ذلك الحكم الآن بالمنع ، لعدم تحقق الشرط بل قد يكون الأصل عدم الشرط ، كما في تأخير الحج عند الاستطاعة ، ولا أقل من التوقف ، فلا يحكم بجواز ولا منع عملا بحكم الشرط .

---

(١) في (ب) « يتبين » وفي (د) « يبين » (٢) في (ب) « تتبين » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « ونحوه » .
(٤) في (ب) « ونشرط » وفي (د) « وشرط » .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « تعتبر » .
(٧) في (د) « كاملاً » .
(٨) في (د) « جائز » .
(٩) في «ب» « قطع السرقة » . (١٠) في (د) « بشرط سلامة » .

ما كان مأمورا به وطريقه الفعل ، لا يختلف فيه السهو والعمد ، كترك النية في الصلاة .

وما كان منهيا عنه ، وطريقه الترك خولف فيه بين السهو والعمد ، كالكلام في الصلاة والأكل في الصوم ، وسبق تقريره في حرف الجيم في الجهل .

وقد لا يعفى عن السهو في المنهيات في صورتين :

إحداهما : إذا وقع بعد عمد لوقوعه في ضمنه ، كما لو أكل الصائم ناسيا فظن بطلان صومه فجامع فانه يفطر في الأصح ، لكن لا كفارة في الأصح ، لأنه وَطِئ وهو معتقد أنه غير صائم .

ويستثنى من هذا ما لو سلّم من الظهر ناسيا وتكلم عامدا ، لا تبطل صلاته فلينظر في الفرق .

الثانية [1] إذا كثر وطال ومن ثم قال « الامام[2] الشافعي في مختصر البويطي ، إذا صلى الرجل نافلة ثم سها فأحرم في مكتوبة قبل أن يسلم فان ذكر ذلك قريبا جلس ، ففرغ من النافلة « وسجد للسهو وابتدأ المكتوبة وان تطاول قيامه في المكتوبة أو ركع »[3] وسجد لها بطلت النافلة والمكتوبة وكان عليه إبتداء المكتوبة ، وكذلك لو سها في مكتوبة حتى دخل في نافلة فان كان « ما عمله »[4] في النافلة قريبا رجع إلى المكتوبة وأتمها وسجد للسهو وان كان مما تطاول وركع منها

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الثاني » .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) في (ب) « ما عمل » وفي (د) « بما عمله » .

« ركعة »[1] بطلت المكتوبة وعليه أن يعيدها « انتهى »[2] وهو صريح في أن كثرة الأفعال تبطل (مع النسيان وان كانت من جنس الصلاة وانما لا يؤثر الفعل الكثير »[3] مع النسيان إذا أتى به على ظن وجوبه عليه ، فلا يكون حينئذ مخالفا لكلام الاصحاب .

* السهو في سجود السهو لا يقتضي السجود *

والسهو لسجود السهو يقتضي السجود .

فالأول ، كما لو تكلم في سجدتي السهو أو إحداهما أو سلم بينهما لا يسجد للسهو ، لأنه لا يأمن وقوع مثله في السجود الثاني فيؤدي إلى ما لا يتناهى كما يقال في اللغة « المصغر »[4] لا يصغر ، وقال صاحب التلخيص إذا سها بعد سجدتي السهو سجد .

والثاني كما لو شك « هل »[5] فعل التشهد الأول أو هل قنت فسجد للسهو ثم بان أنه كان قد أتى به يلزمه أن يسجد ثانيا ، لأن سهوه هذا للسجود فعليه جبره .

* السيد لا يثبت له على عبده دين ابتداء الا في الكتابة *

ولهذا لو جنى عليه لا يثبت الأرش .

ولو أتلف مالا له لا يضمنه لا في الحال ولا بعد العتق .

ولو زوج أمته « لعبده »[6] لم يجب مهر وعن الشيخ أبي على حكاية وجهين

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٤) في (د) « الصغير » .

(٥) في (د) « على » .

(٦) في (ب) و(د) « بعبده » .

في أنه يجب المهر ، ثم يسقط لئلا يعرى النكاح عن المهر أو لم يجب أصلا ولم يقل أحد أنه يجب ويدوم .

أما في الدوام « فيثبت »[1] كما اذا اشترى عبدا له في ذمته دين فلا يسقط في أصح الوجهين ، وخرج عليهما الماوردي ما إذا زوج أمته بعبد غيره « ثم اشتراه ، فان قلنا يسقط لم يكن له مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه لغيره »[2] أو عتقه ، وان قلنا لا يسقط يمكن من مطالبة العبد بالمهر بعد بيعه من غيره أو عتقه .

وقال الغزالي في مسألة الصداق ان الرق المقارن للعقد دفع المهر بعد جريان موجبه فلم يكن « تعرية »[3] للعقد عن المهر ، بل جرى الموجب واقترن به « الدفع »[4] فاندفع والاندفاع في معنى الانقطاع أو في معنى الامتناع « قال ابن الرفعة وهي مباحثة جليلة تلقاها الغزالي فيما حكاه عن أبي إسحاق المروزي فيمن اشترى قريبه أنه يندفع ملكه بموجب العتق لا أنه حصل ثم انقطع »[5] ، قال وفائدة ذلك تظهر والله أعلم في أن الأمة إذا بيعت أو عتقت قبل الوطء ووجد الوطء بعد ذلك لا نقول يثبت لها « ولسيدها »[6] المهر ، والرافعي حكى عن الشيخ أبي على أنه قال ، إذا قلنا بوجه الثبوت ثم السقوط لا يثبت لها المهر ، كما لو أبرأت منه الحرة ثم وجد الدخول ، لا يثبت لها المهر فأما على الوجه الآخر فيجوز أن يقال إذا عتقت أو عتق الزوج يجب المهر ، كما في المفوضة .

قال ابن الرفعة وما ذكره الغزالي من التقرير يدفعه .

وقال بعضهم المراتب ثلاثة :

---

(١) في (د) « فيثبتا » .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٣) في (د) « يعرفه » .
(٤) في (ب) « الرق » وفي هامشها « الدفع » وفي (د) « الرفع » .
(٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٦) في (ب) « أو لسيدها » .

أحدها ـ ثبوت دين « السيد »[1] على عبده ابتداء بسبب قارن ملكه فيمتنع قطعا أي أن يثبت ويدوم ، إذا لم يكن مرهونا ، فان كان « فكذلك »[2] خلافا لابن سريج .

الثانية ـ دوام دين « ثبت »[3] له عليه قبل ملكه والمنصوص للشافعي « رحمه[4] الله » الثبوت وهو الصحيح .

الثالثة ـ دوام ما ثبت لمورثه من المال على عبده بعد موت مورثه ، والصحيح أنه لا يثبت .

* * *

(١) في (ب) « للسيد » .
(٢) في (د) « فكذا » .
(٣) في (ب) « يثبت » .
(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).

* حرف الشين المعجمة *

* الشَبَــه *

اعلم أنه إذا أنيط الحكم بأصل « يتعذر[1] » انتقل إلى أقرب شبه به .

ثم تارة يكون الشبه معنوياً كما في قياس الشبه ، فإن الكتاب أصل في الدلالة ، وكذلك « السنة[2] » ، فإذا فقدا على المجتهد انتقل للقياس .

وتارة يكون « صورياً[3] » كجزاء الصيد .

ولهذا يجب في النعامة بدنة ، لأنها قريبة منها صورة ، وكذا في الغزال عنز وفي الأرنب عَناق ، وتجب البقرة الإنسية في الوحشية .

ومنها:إلحاق الهرة الوحشية بالإنسية على الصحيح في التحريم ، بخلاف الحمر الوحشية لا تلتحق بالإنسية « منها[4] » ، لاختلاف ألوان تلك واتحاد هذه .

ومنها:حيوان البحر الصحيح حل أكله مطلقاً ، وقيل يعتبر الشبه الصوري ، فما أكل شبهه من البري أكل شبهه من البحري . وعلى هذا قال ابن الصباغ والبغوي « حمار[5] » البحر لا يؤكل ، فألحقوه بشبه الحمار الأهلي دون الوحشي وفيه نظر ، فإنه لا نزاع في أن الأصل في حيوان البحر الحل .

---

(١) في (ب) «فتعذر»

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الشبه »

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «ضروريا» .

(٤) في (د) «فيما»

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «حيات» .

ومنها:اقتراض الحيوان ففي رد مثله وجهان أشبههما بالحديث المِثل « اقترض رسول الله صلى الله عليه وسلم بكراً ورد بازلاً[1] » ، والقياس القيمة .

ومنها:إيجاب قيمة شاة « أو[2] » عِجل عوضاً عن خنزير ، وإيجاب قيمة عصير أو خل عوضاً عن خمر في نحو صداق أو صلح عن دم ونحوه .

ومنها:في باب الربا ، إذا كان لا يكال ولا يوزن فيعتبر بأقرب الأشياء شبهاً به على أحد الأوجه .

ومنها:الانتقال إلى أقرب البلاد في ابل العاقلة وزكاة الفطر في القوت وكذا لو خرب مسجد وما حوله نقل إلى أقرب موضع صالح له .

ومنها:إذا وجدنا حيواناً ولا يعرف له « شبه[3] يوقف » .

---

(١) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه والبيهقي في سننه ، ولفظه في صحيح البخاري كما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه أن رجلا تقاضى رسول الله صلى الله عليه وسلم فأغلظ له فهم به اصحابه فقال دعوه فان لصاحب الحق مقالا واشتروا له بعيرا فأعطوه اياه قالوا لا نجد الا أفضل من سنه قال اشتروه فأعطوه اياه فان خيركم أحسنكم قضاء انظر فتح الباري حـ٥ ، ٤٤ هذا وللحديث طريقان آخران عن أبي هريرة ـ انظر فتح الباري حـ٥ ص٤٥ ـ ولفظه في صحيح مسلم عن أبي رافع أن رسول الله صلى الله عليه وسلم استسلف من رجل بكرا فقدمت عليه ابل من ابل الصدقة فأمر أبا رافع أن يقضي الرجل بكره،فرجع اليه أبو رافع فقال لم أجد فيها الا خيارا رباعيا فقال أعطه اياه ان خيار الناس أحسنهم قضاء . هذا وللحديث في مسلم طريق آخرى عنم أبي رافع وثلاث طرق عن أبي هريرة انظر صحيح مسلم بشرح النووي حـ١١ ص٣٦ الى ٣٨ وأيضا انظر صحيح الترمذي حـ٦ ص٥٦ الى ٥٨ وسنن ابن ماجه حـ٢ ص٧٦٧ وسنن البيهقي حـ٥ ص٣٥٢ ، ٣٥٣ هذا وقال في المصباح حـ١ ص٢٩ط . الثالثة البكر بالفتح الفتي من الابل وبه كني ومنه أبو بكر الصديق والجمع أبكر والبكرة الأنثى والجمع بكار مثل كلبه وكلاب أيضا انظر القاموس المحيط حـ١ ص٣٩٠ط . الثانية وقال في المصباح أي فيما يتعلق بكلمة البازل بزل البعير بزولا من باب قعد فطر نابه بدخوله في السنة التاسعة فهو فهو بازل يستوي فيه الذكر والأنثى والجمع بوازل ـ انظر المصباح حـ١ ص٢٤ ط . الثالثة والقاموس المحيط حـ٣ ص٣٤٥ ط . الثانية .

(٢) في (د) « ان » .

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د) .

* « الشبهة[1] » فيها مباحث *

الأول :

أنها مسقطة للحد وهي ثلاث في الفاعل كمن وطئ امرأة وظنها زوجته أو أمته ، وفي الموطوءة بأن يكون للواطئ فيها ملك أو شبهة ملك ، كالأمة المشتركة ، وأمة « ابنه[2] » أو مكاتبه ، وفي الطريق بأن يكون خلالاً عند قوم حراماً عند آخرين ، كنكاح المتعة والنكاح بلا ولي .

ومن ثم لو شرب الخمر للتداوي وحكمنا بالتحريم فلا حد في الأصح لشبهة الخلاف ، ويشترط في مأخذ الخلاف أن يكون قوياً ، كما سبق في حرف الخاء.ولو سرق وادعى أنه ملكه سقط القطع على النص وألحق به دعوى الزوجية فيما لو وطىء « من[3] » لم يعرف بينهما زوجية .

والأحكام المتعلقة بالوطء المختلف حكمها بالشبهة وعدمها خمسة :

النسب،والعدة « واعتبارهما[4] » بالرجل فإن ثبتت الشبهة في حقه ثبتا ، وإلا فلا .

« والثالث[5] »:المهر وهو معتبر بالمرأة.

والرابع:الحد وهو معتبر « بمن[6] » « وجدت الشبهة في حقه منهما[7] ».

والخامس:حرمة المصاهرة ، فإن « شملتهما[8] » الشبهة « تثبت[9] » ، وإن

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «الشبه » .
(٢) في (د) «ابنته »
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٤) في (د) «واعتبارها » .
(٥) في (د) «الثالث »
(٦) في (ب) و (د) «فيمن »
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي وفي الاصل «منها »
(٨) في (ب) «شملتها »
(٩) في (ب) و (د) «ثبتت »

اختصت بأحدهما ، فالأصح اعتبارها بالرجل ، وقيل بهما ، وقيل « بمن[1] » وجدت منه.ولا تسقط التعزيرات بالشبهة ، قالوا لو وطئ الرجعية يعزر معتقد التحريم مع أن عند أبي حنيفة « رضي الله[2] عنه » أنه رجعة . وهذا أحد المواضع التي يفارق فيها التعزير الحد .

وهل تسقط الكفارة بالشبهة ذكر المتولي تبعاً للقاضي الحسين أن كفارة الصوم تسقط بالشبهة بخلاف كفارة الحج .

ولهذا لو وطئ الصائم على ظن أن الشمس قد غربت فبان خلافه قضى ، ولا كفارة .

ولو وطئ المحرم ناسياً وقلنا أنه فسد حجه « وجبت[3] » عليه فدية ويؤ يده نص الإمام الشافعي « رضي الله تعالى[4] عنه » « على[5] » أنه لو أكل ناسياً ثم جامع على ظن أنه صار مفطراً بالأكل ناسياً لم « تلزمه[6] » الكفارة للشبهة ، وكذا « لو أصبح مجامعاً ولم يعلم بأن الفجر قد طلع ، ثم بان طلوعه لا كفارة ، لكن قالوا »[7] لو أصبح مقيماً ثم سافر لم يفطر خلافاً للمزني .

ولو أفطر بالجماع لزمه الكفارة خلافاً للأئمة الثلاثة ، فلم يراعوا شبهة الخلاف في سقوط الكفارة عنه .

أما الفدية فلا تسقط بالشبهة ، لأنها تضمنت «غرامة[8] » ، بخلاف الكفارة

---

(١) في (د) «من »
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٣) في (ب) و (د) «وجب »
(٤) هكذا في (د) وفي الاصل «رضي الله عنه وفي (ب) «رحمه الله »
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٦) في (ب) و (د) «يلزم »
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٨) في (د) «عزايمه »

فانها تشبه العقوبة ، فالتحقت بالحد في الإسقاط ، قاله القفال.

الثاني :

هل تسقط الاثم والتحريم .

أما الشبهة في المحل كوطء « الجارية[1] » المشتركة وفي الطريق كالوطء ببيع ونكاح فاسد فحرام .

« وأما في[2] الفاعل » كوطء من ظنّها زوجته ، ففيه ثلاثة أوجه :

أحدهـــا :

حرام ولا اثم لعدم القصد وعليه العراقيون وغيرهم ، وقال ابن الرفعة أنه الذي عليه كلام الأئمة .

والثـــاني :

ليس بحرام إذ لا إثم فيه .

وأصحهما عند النووي أنه لا يوصف بحل ولا « بحرمة »[4] .

الثالث :

جعـل رسـول[5] الله صلى الله عليه وسلـم الشبهـة وسطـاً بـين الحــلال والحرام[6] .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل «وأما الفاعل» وفي (د) «أما في الفاعل» .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) واصحهما .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «حرمه» .

(٥) في (د) «النبي» .

(٦) جعله صلى الله عليه وسلم الشبهة وسطا بين الحلال والحرام جاء في حديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وابن ماجه والنسائي وغيرهم ، ففي صحيح البخاري جاء ما يلي وهو أن النعمان بن بشير كان يقول سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول «الحلال بين والحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمها كثير من الناس» . . . الخ انظر فتح الباري حـ١ ص١٠٣ و١٠٤ و١٠٥ ولفظ هذا الحديث =

قال ابن سريج في الودائع « أما[1] » الشبهة « فهي[2] » الشيء المجهول تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة فيجب فيما هذا شأنه التوقف « عن[3] » التناول لها فإذا لم يجد غنى عنها تناول « منها[4] » على حسب الكفاية « لا على[5] » حسب الاستكثار ، لأن الله تعالى أباح الميتة عند الضرورة ، وهي محرمة فالشبهة دونها انتهى .

وتوسّع العبادي فقال في الزيادات سئلت عن الشبهة في هذا الزمان فقلت هذا ليس زمان الشبهة اجتنب ما عرفته حراماً يقيناً .

والتحقيق انقسام الشبهة إلى ما يجب اجتنابه وإلى ما لا يجب ، فالأول ما أصله التحريم ، وأشبه التحليل فرجع للأصلي ، والثاني ما أصله الحل ، كما في مسألة الغراب إذا علق الطلاق به وعدمه رجلان وجهل لا يحكم بطلاق واحد منهما ، ولا يلزمهما اجتنابها ، لأن « الحل[6] » ، كان معلوماً ، لكن الورع الاجتناب وعد الحليمي من « الشبهة[7] » « التناهد[8] » ، وهو أن يخرج كل من الرفقة نفقة على قدر نفقة صاحبه وقال لا بأس بها ، إلا أن تركها أشبه بالورع ،

= في صحيح مسلم عن النعمان بن بشير هو « ان الحلال بين وان الحرام بين وبينهما مشتبهات لا يعلمهن كثير من الناس » . . . الخ الحديث - انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ١١ ص٢٧ و٢٨ - وأيضا انظر صحيح الترمذي جـ٥ ص١٩٨ و١٩٩ - وابن ماجه جـ٢ ص١٣١٨ و١٣١٩ - والنسائي جـ٧ ص٢٤١ ، ٢٤٢ ، ٢٤٣ .

(١) في (ب) و (د) «فأما »

(٢) في (ب) و (د) «فهو »

(٣) في (د) «على »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «منهما » .

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «على لا »

(٦) في (د) «الحمل »

(٧) في (ب) «الشبه » .

(٨) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «الشاهد » . هذا وقد قال في المصباح جـ٢ ص١٢٨ الطبعة الثالثة تناهد القوم مناهدة أخرج كل منهم نفقة ليشتروا بها طعاما يشتركون في أكله .

قال وإن اجتمعت الرفقة كل يوم على طعام « فذلك[1] » أحب إلي من « النهد [2] ».

« وقال[3] » النووي في آخر الشركة من الروضة يستحب الإشتراك « للمسافرين[4] » في الزاد مجلساً مجلساً ، قاله الأصحاب وصحت فيه « الأحاديث[5] »

ومناط الاشتباه أنواع :

أحدها :

تعارض ظواهر الأدلة .

ثانيها :

تعارض الأصول المختلفة ، بأنها تلحق .

ثالثها :

اختلاط الحلال بالحرام وعسر التمييز بينهما .

رابعها :

اختلاف الأئمة وما عدا هذا فالشبهة فيه من باب الربا لا الورع .

ولهذا قال الخطابي من ترك النكاح في بلد كبيرة لاحتمال أن « يكون[6] » فيها

---

(١) في (ب) و (د) «فذاك» .

(٢) هكذا في الاصل وفي (ب) «التشبيه» وفي (د) «المتهدب»

(٣) في (د) «قال»

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) من هذه الأحاديث ما أخرجه البخاري في صحيحه عن زهرة بن معبد عن جده عبد الله بن هشام وكان قد أدرك النبي صلى الله عليه وسلم وذهبت به أمه زينب بنت حميد الى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقالت يا رسول الله بايعه فقال هو صغير فمسح رأسه ودعى له وعن زهرة بن معبد أنه كان يخرج به جده عبد الله بن هشام الى السوق فيشتري الطعام فيلقاه ابن عمر وابن الزبير رضي الله عنهم فيقولان له أشركنا فان النبي صلى الله عليه وآله وسلم قد دعا لك بالبركة فيشركهم فربما أصاب الراحلة كما هي فيبعث بها الى المنزل انظر فتح الباري حـ٥ ص١٠٢ -

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب) .

محرماً له مكروه . قال ابن دقيق العبد في شرح الإلمام ، والفرق بين الورع والوسواس دقيق عسر ، فالمتساهل يجعل بعض الورع وسواساً والمتشدد يجعل بعض الوسواس ورعاً والصراط المستقيم « رخص منزلة[1] ومما ينبغي أن يفرق بينهما أن كل ما « رجع [2] » إلى الأصول الشرعية فليس بوسواس ، ولا أريد الأدلة الشرعية المفيدة » للعموم[3] .

فروع : نقلها النووي في البيع من شرح المهذب عن إحياء الغزالي :

قال:لو امتنع من أكل طعام حلال ، « لكونه[4] » حمله كافر أو فاسق ، لم يكن هذا ورعاً ، بل وسواس « متنطع [5] » مذموم.

قال:ولو حلف لا يلبس غزل زوجته فباعت غزلها ووهبته الثمن لم يكره أكله ، فان تركه فليس بورع ، بل وسواس .

قال:ومن الورع المحبوب ترك ما اختلف العلماء في إباحته [6] اختلافاً محتملاً ويكون يعتقد مذهب من أباحه ، بخلاف ما إذا كان دليل المبيع حديثاً « قوياً[7] » . « والأرض[8] » المغصوبة إذا جعلت شارعاً لم يجز المرور فيها فإن لم يكن لها مالك معين جاز ، والورع اجتنابه إن أمكن العدول عنها . فإن « كانت[9] » الأرض « مباحة [10] » ، وعليها ساباط مغصوب الأخشاب وغيرها جاز

(١) في (ب) و (د) «دحض مزلة » . والظاهر أنهما «دحض مزلق » ليستقيم المعنى .
(٢) في (ب) «يرجع » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «العموم » .
(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «لكون » .
(٥) في (ب) « وتنطع » وفي (د) «منقطع »
(٦) في (ب) و (د) «اباحته » وفي الاصل « اختلافه » .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .
(٨) هكذا في (د) وفي الاصل «كالأرض » وفي (ب) «الأرض » .
(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د)

المرور تحته ، فإن قعد تحته لدفع حر أو برد أو مطر وغيره فهذا حرام ، لأن السقف لا يراد إلا لهذا .

قال وكذا لو كانت أرض المسجد مباحة وسقف بحرام جاز المرور فيه ولا يجوز الجلوس لدفع حر أو برد ، لأنه انتفاع بالحرام .

قال النووي : وهذا الذي قاله الغزالي فيه نظر ، والمختار أنه لا يحرم القعود في هاتين الصورتين ، وهو « من باب[1] » الانتفاع بضوء سراج غيره والنظر في مرآته من غير أن يستولي عليها وهما جائزان بلا خلاف ، قال الغزالي ، وإذا كان في يده مال حلال وفي بعضه شبهة وله عيال ولا يفضل « عن[2] » حاجته ، « فليخص[3] » نفسه بالحلال ثم من يعول ، « وليخص[4] » بالحلال « قوته[5] » ولباسه ثم ما يحتاج إليه من أجرة حجام ونحوه ، فإن تعارض اللبس « والقوت[6] » فيحتمل تخصيص « القوت[7] » بالحلال ، لأنه « يمتزج[8] » بلحمه ودمه ولأكل الحرام والشبهة أثر في قساوة القلب ، وأما الكسوة ففائدتها دفع الحر والبرد وذلك يحصل ، وقال « المحاسبي »[9] يختص الكسوة بالحلال ، لأنها تبقى مدة .

(١) في (د) «جريان » . (٢) في (د) «من »
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «فيلخص » وفي (د) «تلخيص » .
(٤) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) «وليخلص » .
(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «ثوبه » .
(٦) في (د) « والثوب » (٧) في (د) «الثوب »
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «يمزج » .
(٩) هو أبو عبد الله الحارث بن أسد المحاسبي سمي بذلك لكثرة محاسبته نفسه وهو من أصحاب الامام الشافعي وكان امام المسلمين في الفقه والتصوف والحديث والكلام وتعتبر كتبه في هذه العلوم أصلا لكل من يصنف فيها توفي رحمه الله تعالى سنة ثلاث وأربعين ومائتين ببغداد ـ انظر تاريخ بغداد حـ٨ ص٢١١ الرسالة القشيرية حـ١ ص٧٢ ـ طبقات الصوفية ص٥٦ ـ طبقات ابن السبكي حـ٢ ص٢٧٥ ـ شذرات الذهب حـ٢ ص١٠٢ ـ طبقات الشعراني حـ١ ص٨٧ العبر حـ١ ص٤٤٠ ـ حلية الأولياء حـ١٠ ص٧٣ اللباب حـ٣ ص١٠٣ ـ ابن خلكان حـ١ ص. دظ ـ ميزان الاعتدال حـ١ ص١٩٩ ـ مرآة الزمان حـ٢ ص١٠٢ البداية والنهاية حـ١٠ ص٣٣٠ ـ الكامل حـ٧ ص٢٧ ـ الكواكب الدرية حـ١ ص٢٨١ ـ العبادي ص٢٧ .

وهذا محتمل ، ولكن الأول أظهر .

قال الغزالي ولو لم يكن في يده إلا مال حرام محض، فلا حج عليه ولا تلزمه كفارة مالية ، « فان[1] كانت » شبهه لزمه ، لأنه محكوم بأنه ملكه .

* الشرط يتعلق به مباحث *

الأول :

وضعه التأثير بأن يكون مؤسساً لا مؤكداً ، وقد يرد مؤكداً ، إذا لم يوجد ما يؤثر فيه ، كما لو شرط في البيع مقتضاه من التسليم ونحوه وقد يجيء خلاف في تأثيره كما لو شرط المحرم عند إحرامه أنه يتحلل إذا أحصر ففي تأثير هذا الشرط في إسقاط الدم طريقان أصحهما القطع بأنه لا يؤثر لأن التحلل بالإحصار جائز ، وإن لم يشترط فالشرط لا يبيح له ، فوجوده كعدمه .

الثاني :

الشرط إنما يتعلق بالأمور المستقبلة ، أما الماضية فلا مدخل له فيها .

ولهذا لا يصحّ تعليق الإقرار بالشرط ، لأنه خبر عن ماض نص عليه الشافعي « رحمه[2] الله » في باب « الكتابة[3] » ، وفي « الطبقات[4] للعبادي »

عن ابن سريج فيما إذا قال : يا زانية أنت طالق إن « شاء[5] » الله « تعالى[6] » ، لا تطلق وهو قاذف ، لأن قوله يا زانية اسم لها وخبر عن عمل والاستثناء لا يرجع إلى الاسم .

ولو قال يا زانية إن شاء الله لا يصح الاستثناء ، لأنه خبر عن فعل ماض وهو

---

(١) في (ب) (وان كان) وفي (د) «فان كان » .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٣) في (د) «الكفاية »
(٤) في طبقات العبادي
(٥) في (ب) و (د) «يشاء »
(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د)

واقع ويستحيل تعليق وقوعه بمشيئة من بعده ، وإذا قال أنـت زانية إن شاء الله « تعالى[1] » اختلفوا فيه فقيل لا يصحّ ، لأنه يجري مجرى التشكيك في الخبر ، كما لو قال أنت زانية إن شاء الله « تعالى[2] » انتهى .

« قال[3] » البغوي في شرح السنة كرهوا أن يقول أنا مؤمن حقاً ، بل يقول أنا مؤمن ، ويجوز أن يقول أنا مؤمن إن شاء الله « تعالى »[4] لا على معنى الشك في إيمانه ، بل على « معنى نفي[5] » الخوف من سوء العاقبة ، والاستثناء يكون في المستقبل[6] »، « فيما[7] » خفي عليه أمره لا فيما مضى وظهر فإنه لا يسوغ في اللغة لمن « تيقن[8] » أنه أكل « وشرب[9] » أن يقـول : أكلـت إن شاء الله « وشربت إن شاء[10] الله » « ويصح أن يقول « آكل وأشرب[11] إن شاء[12] الله » « انتهى[13] » .

ومن هذه القاعدة « يعلم فساد[14] ما أفتى » به « البارزي[15] » ، فيما لو فعل

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب)
(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د)
(٣) هكذا في (ب) وفي (د) «وقال» وفي الأصل بياض .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .
(٥) كلمة « معنى » ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د) وكلمة (نفي) ذكرت في الاصل وساقطة من (ب) و (د) .
(٦) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمتي «في امانه » وينتهي بكلمة «المستقبل» ساقط من (د) .
(٧) في (ب) «وفيما» (٨) في (ب) «يتيقن» .
(٩) في (ب) «أو شرب»
(١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل و(د) ومذكور في (ب)
(١١) هكذا في (ب) وفي الاصل «أكل أو شرب» .
(١٢) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة «ويضح» وينتهي بالكلمات «ان شاء الله» ساقط من (د) .
(١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(١٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «نعلم فاسدها أفتى» .
(١٥) هو عبد الرحمن وفي بعض المصادر عبدالرحيم بن ابراهيم بن هبة الله الجهني بن البارزي الحموي =

شيئاً ثم قال والله ما فعلته إن شاء الله أنه لا يحنث ، قال ، لأنه لم يعلق الفعل على المشيئة ، وإنما علق قسمه ، واستشهد لذلك بقول الأصحاب في الدعاوى أنه لو حلفه الحاكم « في[1] » نفي الغصب فقال والله ما غصبته إن شاء الله « تعالى[2] » يعد ناكلاً ويعاد عليه اليمين ثانياً ، فلو لا أن الاستثناء « يقع[3] » في الماضي لما جعلوه ناكلاً ولا شك أن نكوله من جهة المخالفة الدالة على عدم جواب الحاكم .

ولهذا لو قال : قل[4] : بالله،فقال:بالرحمن عد « ناكلاً[5] وان » لم تحصل المخالفة ، إلا في اللفظ .

الثالث :

كل ما لو شرطاه في العقد « أبطل[6] » فإذا نوياه في حال العقد كان مكروهاً نص عليه « الإمام[7] » الشافعي « رحمه[8] الله » في الصرف وهي « كراهة[9] » تنزيه وقيل تحريم حكاه في البحر عن بعض المتأخرين .

واستحسنه واختاره « ابن أبي[10] عصرون » .

= الملقب نجم الدين قاضي القضاة بحماة ـ ولد بحماة سنة ثمان وستمائة وتوفي وهو قاصد بيت الله العتيق بتبوك في ذي القعدة سنة ثلاث وثمانين وستمائة ونقل الى المدينة المنورة ودفن بالبقيع ـ انظر شذرات الذهب حـ٥ ص٣٨١ ـ طبقات ابن السبكي حـ٥ ص٧١ ـ فوات الوفيات حـ١ ص٥٥٥ ـ النجوم الزاهرة حـ٧ ص٣٦٢ .

(١) في (د) «على»

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في في (ب) و (د)

(٣) في (ب) «ينفع»

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) يوجد في الاصل زيادة بعد كلمة (ناكلا) وقبل كلمة (وان) وهذه الزيادة لم تذكر في (ب) و (د) ولا أرى لها محلا في المكان الذي ذكرت فيه أي في الاصل فلذلك رجحت العبارة الواردة في (ب) و (د) وما جاء في الاصل وهو «ناكلا ولا شك أن نكوله من جهة المخالف وان » . . . الخ .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «بطل»

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب)

(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٩) في (ب) كراهية .

(١٠) هو قاضي القضاة شرف الدين أبو سعد عبدالله بن محمد بن هبةالله بن علي بن المطهر بن أبي عصرون بن أبي السري التميمي الحديثي الموصلي ، ولد في شهر ربيع الأول سنة ثلاث وتسعين =

ومنه:نكاح المحلل.

ومنه:الحيلة في التفرق «من تقابض[1] في الربوي».

ومنه[2]: إذا واطأ غلامه الحر أو صديقه فباع منه بعشرة ثم اشتراه بعشرين «أجبر[3]» بالعشرين فأما العقد مع الغلام «فمكروه[4]» لما ذكرنا.

وأما «العقد [5] الثاني» والإجبار فقال الأكثر يحل ويكره، ونقله الروياني عن النص، وقال القاضي أبو الطيب والروياني يحزم، وقاله ابن الصباغ تفقهاً، لأنه غش وخداع، ثم ان علم المشتري الحال ثبت «له[6]» الخيار على أقوى الوجهين في الروضة.

«ولو لم[7]» تجر مواطأة؛ ولكن جرى العقدان «فيه[8]» بهذا القصد فالحكم كذلك.

الرابع:

الشرائط المعتبرة في العقد، هل يشترط علم المتعاقدين بها أم يكتفى بوجودها في نفس الأمر.

هذا من القواعد «المهمة[9]» وقد اضطرب فيه كلام الأصحاب فذكر

= وأربعمائة وقيل سنة اثنتين وتسعين وأربعمائة وتوفي في شهر رمضان سنة خمس وثمانين وخمسمائة. انظر العبر حـ٤ ص ٢٥٦ ـ طبقات ابن السبكي حـ٤ ص٢٢٧ ـ ابن خلكان حـ١ ص٢٥٦ ـ البداية والنهاية حـ١٢ ص٣٣٤ ـ الثغر البسام ص٤٩ ـ نكت الهميان ص١٨٥.

(١) في (د) «من التقابض في الربوى» وفي (ب) «عن غير تقابض في الروبي».

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٣) في (ب) «وأصر»

(٤) في (د) «فذكروه»

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «العقد غير الثاني»

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل.

(٧) في (د) «ولم»

(٨) في هامش (ب) «منه» وفي صلبها «فيه» كالاصل و(د).

(٩) في (د) «المبهمة»

الرافعي في باب الربا ، أنه لا يجوز بيع الربوي بجنسه جزافاً ، ولا بالتخمين .

ولو باع صبرة حنطة بصبرة أو دراهم بدراهم جزافاً فخرجا متماثلين لم يصح العقد ، لأن التساوي شرط ، وشروط العقد يعتبر العلم بها عند العقد ، ولهذا لو نكح امرأة لا يعلم أهي أخته أم معتدة أم لا ، لم يصح النكاح . وهذا يقتضي أن مسألة النكاح المستشهد بها متفق عليها وليس كذلك ، ففي البحر « قبيل[1] » باب « الربا »[2] لا يحرم « الحلال »[3] .

لو تزوج امرأة يعتقد أنها أخته من الرضاع ، ثم تبين خطـؤه صح النكاح على المذهب ، وحكى أبو اسحاق الإسفراييني عن بعض أصحابنا أنه لا يصح النكاح ، ويلزمه الحد إذا وطئها .

وهكذا لو وطىء امرأته يعتقد أنها أجنبية يلزمه الحد وعندي هذا ليس بشيء انتهى .

وحكى في موضع آخر عن الماوردي ، أنه إذا عقد على امرأة عقداً فاسداً ، ثم عقد على أختها ، فإن علم فساد الأول صحّ الثاني علم بأخوة الثانية أم لا ، وإن لم يعلم فساد الأول ، فإن لم يعلم بأخوة الثانية ، فالعقد صحيح ، وإن علم ذلك فعقد عليها مع اعتقاد صحة الأول ، فنكاحها باطل اعتباراً باعتقـاده ظاهراً ، قال الروياني وعندي أنه ينعقد نكاح الثانية بكل حال ، لأن غايته أنه هزل بهذا النكاح . وهزل النكاح[4] جد للحديث انتهى .

(١) في (ب) و (د) «قبل »

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل « الولاء » .

(٣) في (د) «الحرام » .

(٤) الحديث الدال على أن هزل النكاح جد أخرجه الترمذي وأبو داود والحاكم عن أبي هريرة رضي الله عنه ولفظه في الترمذي وأبو داود والحاكم هو عن أبي هريرة قال رسول الله صلى الله عليه وسلم «ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة » قال الترمذي هذا حديث حسن غريب والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم وغيرهم انظر صحيح الترمذي حـ٥ ص١٥٦ ، ١٥٧ - وسنن أبي داود حـ١ ص٥٠٧ - والحاكم في المستدرك حـ٢ ص١٩٧ ، ١٩٨ .

وفي الحاوي لو طلق زوجته ثلاثاً ولها أخت فعقد على واحدة منهما ولم يدر أهي المطلقة ثلاثاً أو أختها لم يصح ، وأن بان أنها « غير[1] » المطلقة .

وقال الجرجاني لو تزوج من تحل له ظانا أنها تحرم عليه بعدة أولعان، ثم بان خلافه لم ينعقد النكاح لاعتقاده وذكر صاحب « البحر[2] » في البيوع أنه ، لو باع ديناراً بدينارين من مكاتبه كتابة فاسدة لم يعلم فسادها ، لا يجوز ، كما لو تزوج من لا تحل له ظاهراً ، ثم انكشف أنها تحل له لا يصح النكاح ، وذكر الرافعي في كتاب البيع ، أنه لو « تزوج[3] » أمة أبيه على ظن حياته فبان « ميتا[4] » صح النكاح في الأظهر ، وقال في باب العدد في زوجة المفقود ، إذاتربصت أربع سنين فاعتدت وتزوجت فبان « حياً[5] » عند التزويج ، فعلى القديم لا اشكال وعلى الجديد يخرج على القولين فيما لو باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتاً ، وذكر في باب القضاء أن الإمام لو ولى رجلاً القضاء وهو لا يعلم أهليته لم يصحّ ، وإن ظهرت أهليته من بعد .

وذكر النووي من زوائده في كتاب النكاح ، أنه لو عقد بشهادة خنثيين فبانا ذكرين صح في الأصح ، وفرق بينه وبين ما لو صلى خلف خنثى فبان رجلاً لم يسقط القضاء في الأظهر بأن النية في الصلاة معتبرة .

وفي فتاوى الغزالي « رحمه[6] الله » ، لو زوج القاضي امرأة على ظن أنه لا ولي لها ، ثم ظهر أنها ابنته لصلبه لا يصح في الأظهر ، لأن الرضا معتبر ، ولا دلالة تدل عليه ، « وجزم[7] » ابن الرفعة بالصحة وهو قياس البيع ، وقريب من

(١) في (د) «على »
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وفي الاصل بياض .
(٣) في (ب) و (د) «زوج »
(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «حيا »
(٥) في (ب) «ميتا »
(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٧) في (ب) «وحكم »

مسألة القاضي ما لو حكم الحاكم بحكم ثم بان بعد الحكم أن مستنده خطأ ، « ثم بان[1] » له مستندٌ غيره يجوز الحكم ، قال ابن الرفعة في صحة الحكم نظر ، لأنه ليس من باب العقود التي تعتمد الظنون ، وقال غيره لا يصح ، ولا يكفي وجود « المستند[2] » في نفس الأمر .

وفي فتاوى ابن الصلاح ، قال زوجتك بنتي عائشة فقبل ثم ظهر أن المسماة بنت ابن المزوج ، وهو جدها لأبيها ، هل يصح أجاب إن عيناها بالاشارة ونحوها صح وكذا بالنية على المذهب ، والا فيجوز « إطلاق[3] » البنت على بنت الابن ، فإذا لم تكن لصلبه بنت اسمها عائشة صح النكاح وإلا فلا .

والضابط في ذلك كله أن يقال ما كان الأصل فيه التحريم كالأبضاع والربا فيحتاط فيه ويشترط العلم بالمشروط ، وإنما خرج عن ذلك تزويج أمة أبيه على ظن حياته وشهادة الخنثى ، وكذا لو تزوجت امرأة المفقود على القديم ثم بان موته قبل « العدة »[4] ففي صحة النكاح تفريعاً على الجديد وجهان أصحهما الصحة ووجه « خروجها[5] » عن « هذه »[6] القاعدة ، أن الخلل فيها من جهة الشرط لا من جهة الركن ، فكان أخف .

ولهذا لو تزوج بخنثى ثم بان « أنها[7] » امرأة ، لا يصح النكاح .

والفرق بينه وبين شهادة الخنثى ، إذا بان رجلاً ما ذكرنا ومسألة القاضي إذا ولى ثم بان أهليته مثل مسألة الزوجة المجهول حالها سواء ، فإنه كما يحتاط في

---

(١) في (ب) و (د) «وبان »
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «واطلاق »
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) وفي (ب) فقد ذكر الناسخ في الصلب كلمة «العقد » ووضع عليها خطين وذكر في الهامش كلمة العدة وكتب فوقها «صح » .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «خروجهما »
(٦) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .

الأبضاع يحتاط في القاضي ، لتعلقه بالأمر العام ، ويدل على استواء البابين في قوة المأخذ قول الروياني لو وقّع الحاكم إلى فقيه « ليزوجه[1] » فلانة وعنده أن الموقع إليه المذكور هو فلان بعينه فتبين أنه كان غيره ، فلا يكون اذناً قياساً ، على ما لو صلى خلف رجل وعنده أنه زيد فكان عمراً لا تصح الصلاة.

الخامس :

الشروط في البيع أربعة أقسام:

قسم يبطل البيع والشرط ، وقسم يصح البيع ويبطل الشرط ، وقسم يصح البيع والشرط[2] ، والرابع شرطٌ ذكْرُه شرطٌ.

فالأول:كما في الشروط المنافية لمقتضى العقد كشرط أن لا « يتسلمه[3] » أولا ينتفع به ، ويستثنى البيع بشرط البراءة من العيب ، إذا قلنا لا يبرأ فلا يفسد البيع في الأصح ،

قال الرافعي ، وإنما خرج عن قاعدة الشروط الفاسدة ، لاشتهار « القضية[4] » بين الصحابة ، بخلاف شرط نفي خيار المجلس ونحوه .

والثاني:كما إذا شرط ما لا ينافيه ولا يقتضيه ولا غرض فيه ، كشرط أن لا يأكل أو لا يلبس إلا كذا وقال المتولي يبطل البيع وعزى لنص « الإمام[5] » الشافعي « رحمه الله »[6] « وليس كذلك »[7] .

وقال القفال : لو قال بعتك الطعام على أن تأكله والأمة على أن تطأها

(١) في (د) «ليزوج»

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وقسم ببطل البيع والشرط»

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «يعلمه» .

(٤) في (ب) و (د) «القصة» .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و(د) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «ذلك»

ان قصد به الاشتراك بطل البيع ، وإن أراد ولك ذلك صح « البيع »[1] .

والثالث:كما إذا شرط ما يقتضيه العقد ومصالحه،كشرط « الخيار »[2] والأجل والرهن والكفيل والإشهاد ، قال في المطلب:وفي كلام بعضهم ما يقتضي أنه يكون صحيحاً مؤكداً ، وفي كلام غيره أنه لاغ حتى قال الإمام:إن الشرط الذي يقتضي زيادة على مقتضى العقد ، قال وهذا بحث لفظي .

قلت:يمكن أن تكون له فائدة وهو « ما لو اختلف[3] » الشرط ، وقلنا انه صحيح ، كان له طريقان أحدهما الرفع إلى الحاكم ، والثاني « يفسخ »[4] بنفسه بخلاف ما إذا قلنا أنه لاغ ، فإنه لا طريق له إلا الرفع إلى الحاكم ليجبر البائع على فعل الممتنع منه .

والرابع[5]: بيع الثمار قبل بدو الصلاح فيشترط في صحة البيع شرط القطع ، ولو بيعت من مالك الأصل « وكذا الزرع الأخضر ، لكن إذا بيعت من مالك الأصل »[6] لا يلزم الوفاء بالشرط ، وليس لنا شرط يجب ذكره لتصحيح العقد ولا يجب الوفاء به إلا في هذا الموضع .

واعلم أن التعليق في البيع مبطل ، إلا في ثلاث صور :

« احداها »[7]: بعتك إن شئت .

الثانية:أن كان ملكي فقد بعتكه ، وكان مالكاً له في نفس الأمر « ومثله

(١) في (د) «النكاح »
(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «خيار »
(٣) هكذا في (د) وفي الاصل «ما اختلف » وفي (ب) «ما لو أخلف »
(٤) في (د) «يقسم »
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «الرابع »
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «أحدهما » .

مسألة »[1] التنازع بين الوكيل وموكله ، وقوله إن كنت أمرتك بعشرين فقد بعتكها « بها[2] » .

الثالثة:البيع الضمني إذا قال اعتق عبدك عني على مائة إذا جاء رأس الشهر وقاعدة الشروط الفاسدة أن يفسد العقد ، إلا فيما سبق في صورة البراءة من العيوب ، وإلا في القرض إذا شرط فيه « مكسراً »[3] عن صحيح أو أن « يقرضه »[4] غيره لغاً الشرط ، ولا « يفسد »[5] العقد في الأصح .

« فائدة »[6]

قال الإمام « في باب القراض قبول الشرط شرط من القابل ، وكأنه شرطه »[7] .

* « شرط »[8] العلة *

هل يجري مجرى شطر [9] العلة فيه جوابان خرجهما القاضي الحسين

أحدهما:نعم ، لأن الحكم لم يحصل ، إلا « بهما »[10] .

والثاني:لا ، بل الحكم صادر عن العلة ، وهذا شرط « فيضم »[11] إلى العلة فيقوى بها والحكم ثابت بأصل العلة . ويتخرج عليها فروع :

---

(١) في (د) «ومثله في مسألة »
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «مكسرة »
(٤) في (ب) «يفرض »
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «يفسخ »
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٨) في (د) «فائدة »
(٩) في (د) «شرط »
(١٠) في (د) «بأحدهما »
(١١) في (ب) «ينضم »

منها: لو شهد أربعة بزناه واثنان بإحصانه فقتل ، ثم رجعوا ، فهل يجب الضمان على شهود الإحصان أيضاً وجهان مأخذهما هذا الأصل.

ومنها: شهود التعليق وشهود الصفة ، إذا رجعوا فعلى من يجب الغرم على هذين الوجهين أحدهما على شهود التعليق والثاني عليهم كلهم .

تنبيـــه :

الفرق بين شطر العلة وشرطها أن شطر العلة الوصف المناسب أو المتضمن لمعنى مناسب ، وما يقف عليه الحكم ولا يناسب هو الشرط قاله الغزالي في شفاء العليل.

وحاصله أن الشرط ما يتوقف عليه تأثير « مؤثر[1] » ، وليس نفس المؤثر ولا جزأه .

* الشروع لا يغير حكم المشروع فيـه *

ولهذا لو شرع في صلاة أو صوم نفل لم يلزمه إتمامه خلافاً لأبي حنيفة « رحمه الله »[2] واحتج أصحابنا بما ذكرنا ، وكذلك يجوز الخروج من « صلاة »[3] الجماعة إلى الانفراد ولطالب العلم الترك في الأصح .

ويستثنى من هذا صور :

« احداها »[4]: الحج إذا شرع فيه لزمه « إتمامه »[5] ، لأنـه يجب المضي في فاسده فكيف في صحيحه .

---

(١) في (ب) « المؤثر » وفي (د) «الوتر »

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) « أحدها »

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

الثانية:الأضحية فإنها سنة ، وإذا ذبحت لزمت بالشروع ذكره الباجي في نصوص « الإمام »[1] الشافعي « رحمه الله »[2] .

الثالثة:الجهاد يجب إتمامه على الشارع فيه .

الرابعة:صلاة الجنازة « خلافاً »[3] للإمام حيث قال الذي أراه أن له قطعها . إذا كانت لا تتعطل بقطعه ، والمذهب الأول ، وقال الروياني هذا إذا لم يكن قد صلى عليها « مرة »[4] ، فلو صلى عليها مرة « فسقط »[5] الفرض ، ثم صلى آخرون ففي جواز الخروج لهم « احتمالان »[6] لوالدي بناء على أنها تقع فرضاً أو نفلاً قال والقياس عندي أنها ليست بفرض .

الخامسة: [7] لو شرع المسافر في الصلاة بنية الإتمام لزمه ولا « يسوغ »[8] له القصر بعد ذلك ، بخلاف ما لو شرع في الصيام له الفطر على الصحيح خلافاً للشيخ أبي إسحاق الشيرازي .

قال القفال:والفرق أن القضاء في الصوم كالأداء في [كونه بيوم][9] تام ظرفاً لهما ، والقصر جزء من الإتمام ، وفرق الغزالي في « تدريسه »[10] بأن الصوم يجب فعله « في أحد »[11] الوقتين « أما »[12] رمضان « أو ما بعده »[13] ، فإذا عين هذا

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٣) في (د) «خلف» .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «سقط»
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «احتمالا»
(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «الرابعة»
(٨) في (ب) و (د) «يشرع»
(٩) في (ب) «كون يوم» وفي (د) «كونه يوم»
(١٠) في (د) وهامش (ب) «درسه»
(١١) في (د) «بعد»
(١٢) في (د)« أيام»
(١٣) في (د) «وما بعده»

اليوم لا يلزم ، والصلاة واجبة « في الوقت »[1] ، والإتمام صفة ، فإذا شرع فيها بصفة لزمت الصفة ، قال:ولا يرد إذا شرع في الصلاة قصراً ثم أتم فإنه لم [يبدل صفة][2] ، بل زاد شيئاً آخر.انتهى .

« أما »[3] الشارع في فرض الكفاية ، إذا أراد قطعه فإن كان يلزم من قطعه بطلان ما مضى من الفعل حرم كصلاة الجنازة ، وإلا فإن لم تفت بقطعه المصلحة المقصودة للشارع ، بل حصلت بتمامها ، كما إذا شرع في إنقاذ غريق ثم حضر آخر لإنقاذه جاز قطعاً .

نعم ذكروا في اللقيط أن من التقط ليس له نقله إلى غيره ، وإن حصل المقصود ، لكن لا على التمام ، والأصح أن له القطع أيضاً كالمصلي في جماعة ينفرد ، وإن قلنا الجماعة فرض كفاية ، والشارع في العلم فإن قطعه له لا يجب « به »[4] بطلان ما عرفه أولا ، لأن بعضه لا يرتبط ببعض ، وفرض الكفاية قائم بغيره ، « فالصور »[5] ثلاثة :

قطع يبطل الماضي فيبطل قطعاً ، وقطع لا يبطله ولا يفوت الشاهد فيجوز قطعاً ، « وقطع[6] لا يبطل » أصل المقصود ، ولكن يبطل « أمراً »[7] مقصوداً « على »[8] الجملة ، ففيه خلاف .

هذا كله في غير فرض العين .

أما فرض العين إذا شرع فيه ، فإن ضاق وقته لزم وامتنع الخروج منه بلا

---

(١) في (ب) و(د) «في هذا الوقت » (٢) في (د) «يعدل بصفة »
(٣) في (ب) «وأما »
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «فالصوم »
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «ولا يبطل قطع »
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «أصلا » .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «في » .

خلاف ، وإن اتّسع تغيرت صفته من التراخي إلى الفورية ، فإذا شرع في الصلاة أول الوقت أو في القضاء الواجب على التراخي تعين « بالشروع »[1] حتى لا يجوز الخروج « منه »[2] نص عليه في الأم ، فقال:ومن دخل في صوم واجب عليه من شهر رمضان أو قضاء أو نذر أو كفارة أو صلى مكتوبة في وقتها أو قضاها أو صلاة نذرها أو صلاة طواف ، لم يكن له الخروج من صلاة ولا صوم ما كان مطيقاً للصوم والصلاة على طهارة في الصلاة ، وإن خرج من واحد « منهما »[3] . بلا عذر مما وصفت أو ما أشبهه عامداً كان مفسداً آثماً عندنا.انتهى .

ونقله المتولي وصاحب البسيط عن الأصحاب ، وخالف إمام الحرمين ، وقال:الذي أراه أن هذا جائز ، وكذا « المضية[4] » على التراخي يجوز قطعها بلا عذر ، لأن الوقت موسع قبل الشروع « هكذا[5] » بعد الشروع ، كما لو أصبح المسافر صائماً ثم أراد الفطر ، فإنه يجوز ، وتمسك بالنص الآتي في المصلى منفرداً ثم يجد جماعة له الخروج ، ليدرك الجماعة وتابعه في الوسيط والمذهب خلافه ، ولا دليل فيما استشهد به . والفرق أن من يحرم بالصلاة منفرداً أو بالتيمم ثم وجد الماء أو الجماعة ، فهو معذور في قطعها لإحراز الفضيلة ، بخلاف ما إذا قطعها في أول الوقت بلا عذر فإنه عابث وليس هذا كالمسافر فإن عذره مستمر قبل الشروع وبعده فجاز له الخروج من الصوم ، ولهذا لا يجوز له الخروج منه ، إذا « أقام »[6] أو أُحرم به في الإقامة ثم سافر،فإن قيل إذا أحرم بالصلاة قاصراً لا يجوز له الخروج، مع أن العذر موجود.

---

(١) في (٥) «بالمشروع »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب) .

(٣) في (ب) « منها »

(٤) في (د) «المتعينة »

(٥) في (ب) و (د) «فكذا » .

(٦) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «قام »

« قلنا »[1] الفرق أن زمن الصلاة قصير وزمن الصوم طويل . « وسبق »[2] عن القفال فرق آخر ، وفي القضاء إذا لم يكن على الفور وجه أنه لا يحرم قطعه ، لتبرعه بالشروع . « هذا »[3] كله في العبادة الواحدة .

أما المكفر إذا شرع في صوم الشهرين فهل يجوز له الخروج بنية الاستئناف ؟ قال الإمام:يجوز أن يقال:له أن يخرج بأن لا ينوي صوم الغد ، أما إذا خاض في صوم يوم فيبعد أن يتسلط على إبطاله بخلاف ترك الصوم في بقية الشهرين إذ ليس فيه « تعرض »[4] لإفساد العبادة ، ويتّجه أن يقال ليس له « ذلك »[5] ، ورجّح الغزالي جواز الترك ، وقال الروياني:الذي يقتضيه المذهب أنه لا يجوز ، لأن صوم الشهرين عبادة واحدة كصوم يوم واحد ، فيكون قطعه كقطع فريضة شرع فيها وأنه غير جائز قال الرافعي وهذا أحسن .

قلت:بل هو المذهب كما سبق عن نص الأم ، وما رجحه الغزالي بناه على اختياره أن الوقت إذا كان متسعاً فالشروع « غير »[6] ملزم.

وهذا كله حيث لا عذر ، ليخرج ثلاث صور :

« إحداها »[7]: لو شرع في الفائتة معتقداً أن في الوقت سعة فبان ضيقه وجب قطعها والشروع في الحاضرة.قال في الروضة : وعلى الشاذ يجب إتمام « الفائتة »[8] .

« الثانية »[9]: إذا تحرم بالفرض منفرداً ، ثم وجد جماعة ، فقال « الإمام »[10]

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «قلت »
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب)
(٣) في (ب) «وهذا »
(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «تعريض »
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصلو (د) « أحدها »
(٨) في (د) «الفاتحة » .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل .
(١٠)هذهى الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .

الشافعي « رضي الله[٣] عنه » ، أحببت أن يكمل ركعتين ويسلم فتكون له نافلة ويبتدئ الصلاة مع « الإمام »[٤] ومعناه أن يقطع الفريضة ويقلبها نافلة ، وقال المتولي هذا إذا تحقق إتمامها في الوقت ، وإلا « حرم »[٥] أي وإن قلنا كلها أداء .

« الثالثة »[٦]: « إذا »[٧] رأى المسافر المتيمم الماء في أثناء الصلاة وقلنا لا تبطل وكانت فرضاً ، فالأصح: أن قطعها ليتوضأ أفضل ، والثاني: أن الإستمرار أفضل؛ والثالث: يقلبها نفلاً ويسلم من ركعتين فهو أفضل، والرابع: يحرم قطعها « وإن أراد إبطالها مطلقاً فالاستمرار أفضل »[٨] مطلقاً ، والخامس إن ضاق الوقت حرم الخروج ، والا لم « يحرم »[٩] ، قاله الإمام وطرده في كل مصل وسواء المتيمم وغيره ، وتمسك بنص « الإمام »[١٠] الشافعي السابق في الخروج إلى الجماعة ، وقال لو كان الخروج ممتنعاً ، لما جاز بسبب إدراك فضيلة ، وقال وكذلك صلاة الجنازة له التحلّل منها إذا كانت لا تتعطل بتحلله ، قال النووي وهو ضعيف مخالف لنص الشافعي « رحمه الله »[١١] والأصحاب على المنع .

ولهذا الأصل أعني التَضْييق بالشروع ، قال القاضي الحسين والمتولي والروياني : لو شرع في الصلاة ثم أفسدها لزمه أن يعيدها في الوقت بنية القضاء موجهين ذلك بأن الوقت ، وإن كان موسعاً فتعيينه موكول إلى المكلفين ، فلما أحرم

---

(٣) في (ب) «رحمه الله » ولم تذكر في (د) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «الاتمام » .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «حرام » .
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «الثانية » .
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «اذ »
(٨) العبارة المشار اليها في القوسين ساقطة من (د) وقد جاءت في (ب) مقدمة على كلمة «والرابع » فما جاء في (ب) هو « وان أراد ابطالها مطلقا فالاستمرار أفضل والرابع يحرم قطعها مطلقا » .
(٩) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «يخرج »
(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د) .
(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

في أول الوقت تضيق وأيّده ابن الرفعة بنص « الإمام »[1] الشافعي في الأم « على »[2] عدم جواز الخروج من الفرض ، وقد وجهه ابن الصباغ ، حيث ذكره في كتاب الصوم بالمعنى المذكور ، ومثله في القضاء وإن كان وقته موسعاً ، وقال ابن الأستاذ فيما قالوه نظر ، وينبغي أن لا ينوي القضاء فكيف يقضْي مع بقاء الوقت .

والقضاء عبارة عن فعل الصلاة خارج الوقت ، « وأيد »[3] ما ذكر بأنه لا يجوز له التأخير بعد الافساد حتى يخرج الوقت ، ولو كانت قضاء لا يسع وقت فعلها على المذهب « أولو »[4] وجب قضاءها على الفور على وجه قال ، ولم أر من قال بوجوب تعاطيها على الفور عقب الافساد ، ولا قائل بأنه لا يطالب بتعاطيها عند ضيق الوقت .

قلت:صرح هؤلاء بأنه اذا شرع فيها يضيق وقتها فيكون وقتَأدائها : زمن يسعها ، وقيل يلزمهم على هذا ، أنه اذا أعادها بعد « الافساد »[5] أن يخرجوه على الخلاف في التي يفعل بعضها في الوقت وبعضها خارجه والله أعلم .

* الشفاعة *

ضراعة عند المشفوع عنده ، سميت به ، « لأنه يشفع »[6] الكلام الأول وهي سنة مؤكدة ، وقد صح « اشفعوا تؤجروا ، وليقض الله على لسان نبيه ما شاء »[7] ولما فيه من اغاثة المسلم ، ودفع الضرر عنه .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأيده » .

(٤) في (د) « إذا » .

(٥) في (د) « الفساد » .

(٦) في (ب) « لأنها تشفيع » .

(٧) هذا الحديث أخرجه البخاري ومسلم والنسائي وابن حبان عن أبي موسى ولفظه في البخاري حـ ٣ =

ولا تكون في حد ولا حق لازم ، وانما هي للذنب الذي يمكن العفو عنه وقد شفع الله عز وجل في « مسطح »[1] لما حلف الصديق أن لا ينفق عليه فقال تعالى « ولا يأتل أولو الفضل منكم والسعة »[2] الآية .

قال النووي في شرح مسلم وأجمعوا على تحريم الشفاعة في « الحدود »[3] بعد بلوغه الامام وأنه يحرم « التشفيع »[4] فيه ، فأما قبل بلوغه الامام أجازه أكثر العلماء اذا لم يكن المشفوع فيه صاحب شر وأذى للمسلمين ، فان كان لم يشفع فيه ، أما المعاصي التي لا حد فيها ولا كفارة وواجبها التعزيز ، فتجوز الشفاعة فيها « والتشفيع »[5] سواء بلغت الامام أم لا ، لأنها أهون ، ثم الشفاعة فيها مستحبة اذا لم يكن المشفوع « فيه »[6] صاحب أذى .

قلت:واطلاق « استحباب »[7] الشفاعة في التعزير فيه نظر لأن المستحق اذا أسقط حقه من التعزير كان للامام لأنه شرع للاصلاح وقد يرى ذلك في اقامته وفي مثل هذه الحالة لا ينبغي استحبابها .

= ص ٢٣٣ أي فتح الباري كما يلي عن أبي بردة بن أبي موسى عن أبيه رضي الله عنه قال كان رسول الله صلى الله عليه وسلم إذا جاءه السائل أو طلبت إليه حاجة قال « إشفعوا تؤجروا ويقضي الله على لسان نبيه ما شاء » ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي جـ ١٦ ص ١٧٧ هو « اشفعوا فلتؤجروا وليقض الله على لسان نبيه ما أحب » . هذا ما في البخاري ومسلم ثم انظر سنن النسائي جـ ٥ ص ٧٧ و٧٨ ـ والإحسان في تقريب صحيح ابن حبان جـ ١ ص ٤٥٤ ط . الأولى .

(١) هو مسطح بن أثاثة بن عباد بن المطلب بن عبد مناف بن قصي وكنيته أبو عباد شهد بدراً وأحداً والمشاهد كلها مع رسول الله صلى الله عليه وسلم
توفي مسطح سنة أربع وثلاثين من الهجرة وهو ابن ست وخمسين سنة ذكره ابن سعد في الطبقة الأولى من طبقات البدرين من المهاجرين انظر طبقات ابن سعد جـ ٣ ص ٥٣ دار بيروت للطباعة والنشر .

(٢) سورة النور الآية رقم (٢٢) . (٣) في (ب) « الحد » .

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشفيع » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشفيع » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والشفيع » .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .

* الشركة يتعلق بها مباحث *

الأول :

تثبت المطالبة لكل من الشريكين بالمشترك فيه ، لكن اذا انفرد أحدهما بقبض شيء ، هل يشاركه الآخر فيه هو على أضرب :

أحدها :

ما يشاركه[1] فيه قطعا كريع الوقف على جماعة ، لأنه مشاع .

الثاني :

« ما يشاركه »[2] فيه على الأصح ، كما لو قبض أحد الورثة من الدين قدر حصته فللآخر مشاركته في الأصح ، كما قاله الرافعي في آخر باب الشركة ، وقيل لا يشاركه ، الا أن يأذن له المديون في الرجوع عليه أولا يجد مالا سواه ووجه القاضي الحسين في فتاويه المشاركة بأنهما يقبضان ذلك بنيابة الأب لا لأنفسهما .

ومنها:لو قال رجلان اشترينا منك شيئا بكذا وصدق أحدهما فالحكم فيه كالارث .

ومنها:لو ادعى اثنان اتهابهما عينا من رجل وأنه وهبه منهما وسلمه اليهما فصدق المدعي عليه أحدهما وكذب الثاني فيسلم للمصدق النصف ، وهل يشاركه فيه المكذب لاعترافه بأنه شريكه في كل جزء منه ؟ فيه [3] وجهان حكاهما الامام في باب الرهن وقال انهما يجريان في كل ملك وحق يتلقى من عقد على سبيل الشيوع .

ومنها:الديون المشتركة في ذِمَم الناس ، اذا أذن أحد الشريكين للآخر في قبض ما « له »[4] على زيد على أن يختص به ، فهل يختص به اذا قبض قولان

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ما يشارك قطعاً » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ما يشارك » .

(٣) في (د) « ففيه » .

(٤) في هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

أظهرهما المنع ذكره الرافعي » آخر القسمة عن السرخسي .

ومنها:لو ادعيا دارا ارثا فصدق المدعَى عليه أحدهما[1] « في نصيبه فانه يشاركه المكذب على المنصوص » وخرج[2] « الغزالي فيه وجهين ، وأشار الرافعي » رحمه الله لتفرده .

« الثالث »[3] مالا يشاركه فيه « قطعا »[4] ، كما « لو »[5] ادعى على ورثة أن مورثكم اوصى لي ولزيد بكذا ، وأقام شاهدا وحلف معه وأخذ نصيبه لا يشاركه « فيه »[6] الآخر قطع به الرافعي في الشهادات ، وينبغي أن يجيء فيه خلاف ما لو قالا اشتريناه منك بكذا وصدق أحدهما ، فلو أقام الوارث الخاص شاهدين أخذ نصيبه ولا يشاركه « فيه »[7] الآخر ، ووقع في الحوادث رجل آجر نصيبه من دار وقبض الأجرة فسكن المستأجر جميع الدار وتعذر على شريكه أخذ أجرة نصيبه منه ، فقيل يشاركه ، « وينبغي أن لا يشاركه »[8] لأن المؤجر استفاد حقه بعقد يختص به ، ويرجع شريكه بأجرة « حصته »[9] على الغاصب ،وتشهد له « صور »[10] البيع الآتية .

الرابع : مالا يشاركه فيه على الأصح ، كما لو ادعى الورثة دينا لمورثهم وأقاموا شاهدا وحلف بعضهم فانْ الحالف يأخذ نصيبه ولا « يشاركه »[11] فيه من لم

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٢) في (د) « وصوح » .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٤) في (د) « ومنها » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٩) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(١٠) في (ب) « نصيبه » .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « صورة » .
(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « يشارك » .

يحلف على « الصحيح »[1] المنصوص ، لأن اليمين لا تجزئ فيها النيابة .

والفرق بين هذه وبين ما اذا ادعيا دارا ارثا وصدق أحدهما كما سبق ان الحق هنا انما يثبت بالشاهد واليمين ، فلو شركنا الناكل للمكناه بيمين غيره ، وفي الأولى انما يثبت[2] باقرار « المدعى عليه ثم يترتب على اقراره » اقرار[3] المصدق بأنه ارث ذكره الرافعي في باب الشاهد واليمين.وفي المعاياة : لو ادعى الورثة دينا لمورثهم وأقاموا شاهدا واحدا وحلفوا استحقوا فان امتنع بعضهم من اليمين فالحالف يأخذ قدر نصيبه ولا يشاركه غيره فيه .

ولو كانت الدعوى « في دار أو ثوب »[4] ، وحلف بعضهم شاركه الباقون « فيما يخلص »[5] والفرق بينهما أن الدين في الذمة فكل من حلف أثبت حقه فيها ومن لم يحلف لم يثبت له حق والدار معينة « فما يخلص منها »[6] يشتركون فيه ، وكأن الباقي مغصوب من جماعتهم .

ومنها:لو باع العبدَ مالِكاهُ فهل ينفرد أحدهما بقبض حصته من الثمن؟ وجهان أحدهما لا ، فلو قبض شيئا شاركه الآخر كالميراث ، وأصحهما نعم ، كما لو انفرد بالبيع ، وعلى هذا فلا يشاركه ، ذكره الرافعي في آخر الشركة ، وهذا كله في الدين . أما العين فحكى في المطلب عند نكاح السفيه وجهين فيما لو كان بين اثنين صبرة قمح فأخذ أحدهما نصيبه منها من غير اذن شريكه جاز في وجه ، لأنه لو طلبه لم يكن له منعه،ويؤ يدهذا ماحكاه الرافعي في الصيد عن البغوي : لو اختلطت

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل ذكر الناسخ كلا ما سبق ذكره وقد ذكره هنا سهواً بين هاتين الكلمتين فما جاء من الأصل هو « يثبت بالشاهد واليمين فلو شركنا الناكل بإقرار » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (د) « داراً أو ثوباً » .

(٥) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فيما يخلص منهما » .

حمامة الغير فله الأكل بالاجتهاد الى أن يبقى واحدة كما لو اختلطت « تمرة بتمر الغير »[1] ، قال الروياني ليس له أكل واحدة حتى يصالح الغير أو يقاسمه .

ولو انصب حنطة له أو مائع له على مثله لغيره وجهل قدرها فكاختلاط الحمام .

ولو اختلط درهم أو دراهم حرام « بدراهم له،ودهن »[2] بدهن ونحوه من المثليات ولم يتميز : فصل [3] قدر الحرام وصرفه لمن هو له والباقي له .

وقال في البحر لو كانت الصبرة بينهما قسمين فاقتسما أخذ هذا قفيزا وهذا قفيزا « فقد »[4] جاز ، ولا يجوز لأحدهما أن يستوفى كل حقه منها ثم يكال للآخر ما بقي،لجواز أن يتلف الباقي قبل أن يكال للشريك الآخر،لانهما استويا في الملك فيستويان في القبض ، قال،ولو اتفقا على المبتدئ منهما بأخذ القفيز الأول « جاز،ولو لم يتفقا أقرع بينهما في أخذه ويكون استقرار ملك الأول »[5] على ما أخذه موقوفا على أن يأخذ الآخر مثله ، فلو أخذ الأول قفيزا من تلك الصبرة رد نصف القفيز .

البحث « الثاني »[6]

اطلاق الشركة ، هل ينزل على المناصفة أو هو مبهم يفتقر الى « تفسير »[7] فيه خلاف في صور :

« منها »[8] : لو اشترى سلعة ثم قال لغيره اشركتك معي واطلق فقيل يفسد العقد للجهالة ، والأصح الصحة ، وينزل على المناصفة ، ولو تعدد الشركاء ،

---

(١) في د) «بتمر الغير تمرة» .

(٢) في (ب) «بدراهمه أو دهن»

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « فقيل » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .

(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .

(٦) في (د) « الثالث » .

(٧) في (د) « نفس » .

(٨) في (د) « ومنها » .

فهل يستحق « الشريك »[1] نصف ما لهم أو مثل واحد منهم ، كما لو اشتريا شيئا ثم اشركا ثالثا فيه فهل له نصفه أو ثلثه لم يتعرضوا له والأشبه الثاني .

ومنها لو أوصى « بمائة لزيد »[2] وبمائة لعمرو ، وقال لخالد أشركتك معهما فله نصف ما في يدهما في قول قاله الهروي في الاشراف .

ومنها لو قال أنا وفلان « شريكان »[3] في هذه الدار أو في هذا المال ، قال الدبيلي في أدب القضاء فالظاهر انه بينهما « نِصفَين »[4] ، فلو قال بعد ذلك أن « المقر له [5] الربع أو الخمس أو العشر من أصحابنا من قال « انه »[6] يسمع ويحلف معه ، لأن ذلك محتمل ، قال والظاهر الأول ، وهو كما قال من جهة النقل ، « لكن الناس »[7] يطلقون هذا اللفظ لمن له أدنى جزء في القُرّبه فيقول زيد شريكي في كذا ويريدون به أصلَ الشركة ، وتَفاوُتَ الأجزاء[8] فالمختار القبول ، أما لو قامت بينة بأن زيداً وعمراً شريكان في كذا وهو مشترك بينهما ، فالظاهر أن البينة تستفسر عن مقدار النصيبين فان لم يبينا والعين بيدهما جعل بينهما نصفين وان كانت بيد أحدهما ، فهل يرجع في مقدار نصيب الآخر اليه أو يقضى بالنصف فيه نظر .

ومنها قال المزنى في المنثور قال الشافعي « رحمه الله »[9] لو قال لها أنت طالق ثلاثا ثم قال لأخرى أنت شريكتها في هذا الطلاق ، ثم قال لأخرى أنت شريكتهما في هذا الطلاق تطلق الأولى ثلاثا والثانية اثنتين والثالثة واحدة ، « لأنه يحصل »[10]

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (ب) « لزيد بمائة » .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « نصفان » .
(٥) في (د) « للمقر له » .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) في (د) « لكن غالب الناس » .
(٨) في (د) « وتفاوت الآجز » وفي (ب) « وتفاوت الأخر » .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(١٠) في (د) « لا يحصل » .

في كل واحدة طلقة ونصف والطلاق لا يتبعض فيكمل فيحصل طلقتين ، قال المزنى وعندى تطلق كل واحدة منهن ثلاثا لظاهر التشريك .

* الشك يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته وهو في اللغة مطلق التردد وفي اصطلاح الأصوليين تساوي الطرفين فان رجح كان ظنا والمرجوح وهماً ، وأما عند الفقهاء فزعم النووي أنه كاللغة في سائر الأبواب ، لا فرق بين المساوى والراجح وهذا إنما قالوه في الأحداث وقد فرقوا في مواضع كثيرة « بينهما »[1] .

« ومنها »[2] في باب الايلاء لو قيد بمستبعد الحصول في أربعة أشهر كنزول عيسى صلى الله عليه وسلم فمولٍ وان ظن حصوله قبلها فليس بمولٍ قطعا وان شك فوجهان أصحهما كذلك .

ومنها:ما سبق في الحياة المستقرة شك في المذبوح هل فيه حياة بعد الذبح حرم للشك في المبيح وان غلب على ظنه بقاؤها حلت .

ومنها:« في »[3] باب القضاء بالعلم لم يجعلو للتساوي أثرا واعتبروا الظن المؤكد وكذلك في الصيد اذا توارد عليه إثنان في بعض « صورة »[4] .

ومنها:في الأكل من مال الغير إذا غلب على ظنه الرضا جاز ، وان شك فلا ومثله وجوب ركوب البحر في الحج ان غلبت السلامة وان شك فلا ومثله في المرض المخوف إذا غلب على ظنه كونه مخوفا نفذ التصرف من الثلث ، وان شككنا في كونه

---

(١) في (د) « بينها » .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) وفي (ب) «منها» .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

(٤) في (د) « صور » .

« مخوفا »[1] لم ينفذ إلا بقول أهل الخبرة .

ومنها قالوا في كتاب الطلاق أنه لا يقع بالشك « فأرادوا »[2] به الطرف المرجوح ، « ولهذا »[3] قال الرافعي في « باب »[4] الاعتكاف قولهم ، لا يقع الطلاق بالشك مسلم لكنه يقع بالظن الغالب.انتهى .

ويشهد له:لو قال إن كنت « حاملا »[5] فأنت طالق ، فاذا مضت ثلاثة اقرؤ من وقت التعليق وقع الطلاق مع أن الأقرؤ لا تفيد إلا الظن ولهذا أبدى الإمام احتمالا بعدم الوقوع ، وكذلك لو قال ان حضت فأنت طالق فحاضت وقع الطلاق بمجرد رؤ ية الدم ، ولا يتوقف على مضي يوم وليلة ، وفيه وجه « بتوقفه[6] عليها » إذ به يتحقق أنه ليس دم فساد ، والطلاق لا يقع إلا باليقين « وهو[7] يؤ يد » احتمال الإمام في التي قبلها .

وقالوا:لو عصر عنبا ثم قال « إن لم[8] يكن » تخمر ثم تخلل فأنت طالق ثم انه وجده خلا وقع الطلاق ، لأن الغالب أنه لا يتخلل إلا بعد التخمر .

« ومنها »[9] سئل القاضي الحسين عمَّن قنت في ركعتي الفجر على اعتقاد « أنهما »[10] فرض ثم تذكر في آخر الصلاة « قال »[11] صلاته باطلة ، لأنه في الحقيقة شك في النية أنه نوى الفرض أو النفل واتيان أفعال الصلاة على الشك يقتضي البطلان « قال صاحب الكافي وفيه نظر ، لأنه الحق الظن بالشك والشك يقتضي

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٢) في (ب) « وأرادوا » وفي (د) « وأراد » .
(٣) في (د) « وهذا » .
(٤) في (د) « كتاب » .
(٥) في (ب) « حايلا » .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « يتوقف عليها » .
(٧) في (د) « ويؤ يد » .
(٨) في هامش (ب) «صوابه ان كان» .
(٩) في (د) « قلت » .
(١٠) في (ب) و(د) « أنها » .
(١١) في (د) « بأن » .

التردد وإتيان شيء من أفعال الصلاة مع التردد في النية يقتضي البطلان »[1] .
والظن لا يقتضي التردد ، بل غاية « ما »[2] فيه أن يكون خطأ وسهواً والخطأ في الصلاة لا يفسدها .

الثاني :

الشك الطارىء بعد الشروع لا أثر له في مواضع :

أحدهـا : أن يتذكر المشكوك فيه على قرب كما لو شك في أصل النية وتذكر على القرب قبل مضي قدرركن تصح صلاته ، وكذا لو شك الصائم في النية وتذكر قبل مضي أكثر النهار صح صومه .

ويستثنى صورتان :

إحـداهما ـ ما لو صلى المسافر وشك هل نوى القصر أم لا؟ يلزمه الإتمام ، وان تذكر في الحال أنه نوى القصر نص عليه في الأم ،وتابعوه .

الثانية ـ إذا صلى بالاجتهاد في القبلة ثم ظهر له الخطأ في أثناء الصلاة فان عجز عن الصواب بالاجتهاد « على »[3] القرب بطلت صلاته ، وان قدر عليه على القرب فانه يستأنف على الصواب في زيادة الروضة .

ثانيها »[4] الشك بعد الفراغ من العبادة ، قال ابن القطان في المطارحات ، « فرق »[5] « الإمام »[6] الشافعي بين الشك في الفعل وبين الشك بعد الفعل فلم يوجب إعادة الثاني ، لأنه يؤدي إلى المشقة ، فان المصلي لو كلف أن

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) « وساقطة من الأصل » .
(٣) في الأصل « عن »
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «ثالثها» .
(٥) في (د) « قال » .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

يكون ذاكرا لما صلى لتعذر عليه ذلك ولم يطقه أحد فسومح فيه وبيانه بصور :

منها:لو شك بعد السلام في ترك فرض لم يؤثر على المشهور نعم إن كان المشكوك فيه هو النية وجبت الاعادة .

قال النووي:وكذا لو شك في الطهارة في الأصح ، والفرق أن الشك في الأركان يكثر لكثرتهابخلاف الطهارة ، وقياسه كذلك في باقي الشروط ، لكن سيأتي عن النص عدم الاعادة في صورة الطهارة للطواف ، فلا يحتاج للفرق .

ومنها:لو قرأ الفاتحة ثم شك بعد الفراغ منها في حرف فلا أثر له،كما قاله في شرح المهذب عن الشيخ أبي محمد.وكأن الفرق بينه وبين الشاك في ترك ركن من أركان « الصلاة أنها »[1] يسيرة مضبوطة فلا مشقة في ضبطها بخلاف حروف الفاتحة وتشديداتها فانها كثيرة فلم يؤثر الشك بعد الفراغ منها في ترك بعض حروفها للمشقة ، وقياس التشهد ، « الحاقه »[2] بالفاتحة .

ومنها:في فتاوي النووي توضأ المحدث وصلى الصبح ثم نسى أنه توضأ وصلى فأعادها ثم علم ترك سجدة في إحدى الصلاتين ومسح الرأس في إحدى الطهارتين فطهارته صحيحة الآن ، وعليه إعادة الصلاة لاحتمال أنه ترك المسح من الأولى والسجدة من الثانية ، ونظيره ما حكاه ابن القطان في المطارحات فيمن نسي صلاة من الخمس وصلى الخمس ثم علم ترك سجدة من واحدة من الخمس التي صلاها ، فانه لا يلزمه الاعادة ثانيا ويمكن توجيهه بأمرين :

«أحدهما»أن السجدة لم نتحقق أنها متروكة من الصلاة المتروكة ، بل يحتمل أن تكون من غير المتروكة وهو الأكثر وقوعا ، لأن وقوع واحد من أربع أكثر من وقوع واحد بعينه .

---

(١) في (ب) «الصلاة في الصلاة أنها»

(٢) في (ب) « التحاقه » .

« والثاني »[1] أنا لو أوجبنا الاعادة ثانيا لم نأمن وقوع مثل ذلك في المرة الثانية والثالثة كما قالوه في أنه لا يجب قضاء الحج الذي وقع فيه الافساد مرة ثانية .

ومنها:لو شك بعد الفراغ من الوضوء في ترك مسح الرأس أو غيره فوجهان أصحهما « لا يؤثر »[2] ، كما لو شك في الصلاة بعد الفراغ منها.قيل « للشيخ أبي حامد »[3] فيؤدي ذلك إلى دخوله في الصلاة بطهارة مشكوك فيها،قال:يجوز ذلك ، كما لو شك هل أحدث أم لا.وفرق غيره بأنه « ثم »[4] تيقن الطهارة بعد أن شك في الحدث ، والأصل عدمه « وها هنا تيقن الحدث وشك في أنه زال أم لا والأصل[5] عدمه » .

ومنها:لو شك بعد الفراغ من غسل النجاسة عن الثوب أو البدن هل استوعبه وينبغي أن تكون كالتي قبلها .

وفي فتاوي البغوي لو استجمر وصلى وشك هل استعمل حجرين أو ثلاثة فحكمه حكم من توضأ ثم بعد الوضوء شك في مسح الرأس وصلى ثم بعد الفراغ شك في ركن وفيه خلاف،فإن قلنا لا تجب اعادة الصلاة فها هنا لا يعيد هذه الصلاة ، لكن لا يجوز أن يصلي به صلاة أخرى بعد الشك ما لم « يستكمل »[6] الاستنجاء ، « لأنه »[7] حالة شروعه متردد بين كمال الطهارة وعدمها ، ولو وقع هذا الشك في أثناء الصلاة أتمها .

قلت:ويجيء مثله في صورة الوضوء،وما سبق من التصحيح هو المذكور في الروضة.وفي كتاب الحيل للقزويني:لو توضأ وصلى ثم أحدث وشك هل مسح رأسه

---

(١) في (د) « الثاني » . (٢) في (د) « لا يؤثر لا يؤثر » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشيخ أبي محمد » .
(٤) في (ب) و(د) « لم » .
(٥) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .
(٦) في (د) « يستشكل » . (٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «لأن» .

في ذلك الوضوء أم لا:تجب عليه الاعادة .

ولو أنه صام ثم لما دخل الليل شك هل كان نوى فيه أم لا،لم « يضره »[1] ، لأنه خرج من كل واحد منهما ولو اعترضه الشك في الوضوء قبل الحدث بطل الوضوء والصلاة على المذهب المعول وكذلك لو اعترضه الشك قبل الخروج من الصوم .

ومنها لو شك الصائم في النية بعد الغروب فلا أثر له « وقد تعرض[2] له » في الروضة في صوم الكفارة .

ومنها لو طاف للعمرة ثم شك هل طاف بطهارة أم لا لم يلزمه اعادة الطواف ، لأنه أدى العبادة في الظاهر ، فلا يسقط حكم ذلك بالشك.نقله في البحر عن رواية الشيخ أبي حامد عن النص ، وحكاه المحاملي في التجريد عن نص الأم ، قال:وهكذا الحكم في المصلي يشك بعد الفراغ .

ومنها لو صام يومين أحدهما فرض والآخر نفل وعلم أنه ترك النية في أحدهما وجبت إعادة الفرض ، وقال والد الروياني:لا يجب للشك ، قاله في البحر .

« **ثالثها** » :الشك في المانع . وذلك أنا نقول ما كان وجوده شرطا كان عدمه مانعا ، فالشرط في البيع والسلم القدرة على التسليم والعجز مانع ، واذا شككنا في الشرط ، لا يثبت الحكم ، واذا شككنا في المانع منه « أثبتنا »[3] الحكم عملا بالأصل في الموضعين .

فان قيل:يلزم من هذا التناقض ، لأنه يلزم عند الشك في الشرط أن لا يترتب الحكم لأجل الشك في الشرط وان « ترتب »[4] ، لأنه شك في المانع وذلك محال .

---

(١) في (ب) و(د) « يضر » .

(٢) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د) .

(٣) في (د) « أثبت » .

(٤) في (ب) في (ب) و(د) « يترتب » .

والجواب « قال »[1] ابن الرفعة أنا لا نرتب الحكم عند الشك في الشرط إذا كان وجوديا كما إذا شك هل تطهر أم لا ، « لأن »[2] الطهارة شرط ، والأصل عدمها ، أما إذا كان عدميا ، فالأصل العدم فترتب الحكم عليه.ويدل له قول بعض أصحابنا « رحمهم[3] الله » : إذا قال إن خرجت بغير إذني فأنت طالق فخرجت وادعى أنه أذن وأنكرت الاذن « فالقول »[4] قولها ويقع الطلاق لأن الأصل عدمه ومن لم يوقعه يتمسك بأن الأصل بقاء النكاح ، وكذا يقال هنا إنما رتبنا الحكم عند الشك في وجود المانع ، إذا كان « المانع »[5] وجوديا ، كما إذا تيقن الطهارة وشك في الحدث فانه مانع والأصل عدمه فان كان عدميا فلا « يترتب »[6] الحكم ، واذا تقرر ذلك أنتج أن ما كان وجوده شرطا فعدمه مانع وعند الشك « في وجوده »[7] لا « يترتب »[8] الحكم لأن الأصل عدم وجود ذلك الشرط ، والأصل وجود المانع فلا « تناقض »[9] .

رابعها : أن يعارضه أصل «ضعيف[10]» فيضعف الشك حينئذ .

ويتضح بصور :

«احداها[11]» لو أحرم وتزوج وشك هل كان تزويجه قبل الاحرام ، أو[12]

---

(١) في (ب) «قاله »
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «فان»
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « القول » .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وهامش (ب) وساقطة من الأصل .
(٦) في (ب) « مرتب » .
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « في نحو جوده » .
(٨) في (ب) « مرتب » .
(٩) في (د) « يتناقض » .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب).
(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحدها » .
(١٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أم » .

بعده فالنكاح صحيح نص عليه «الشافعي[1]» «رحمه[2] الله» فيما نقلـه الماوردي «ووجهه[3]» أن الأصل عدم «الاحرام[4]»، وقال الدارمي نص الشافعي «رحمه[5] الله» «أي[6] » من جهة الورع على ايقاع طلقة، ويعطى نصف الصداق ان سمى والمتعة ان لـم يسـم، قال وفي الحكم النكاح صحيح وخرج بعض أصحابنا قولاً أنه باطل «بناء[7] » على الملفوف .

«الثانية[8] » لو أراد المعتمر ادخال الحج قبل الطواف جاز وبعده: يمتنع، فلو شك هل أحرم بالحج قبل الطواف أو بعده، قال «الاصحاب[9] الأصل» يجزيه، لأن الأصل جواز ادخال العمرة على الحج، الا أن يتيقن «مـا يمنـع[10]»، حكاه الماوردي أيضا .

« الثالثة» أحرم بالحج وشك هل أحرم به قبل أشهره أو بعدها كان محرما بالحج نقله صاحب البيان عن « العمري[11]»، قال لأنه على يقين[12]» من هذا الزمان، وفي شك « مِمّا » تقدم .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).   (٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «وجهه»

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأجزاء » .

(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)   (٦) في (د) « أنه » .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٨) هكذا في (ب) وفي (د) « والثانية وفي الأصل « ثانيها » .

(٩) كلمة « الأصحاب » ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل وكلمة « أصل » ذكرت في الأصل وساقطة من (ب) و(د) .

(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ما يمتنع » .

(١١) هو الحسين بن محمد أبو الفتح ناصر الدين المعروف بالشريف العمري من نسل عمر بن الخطاب رضي الله عنه وهو من فقهاء الشافعية من أهل مرو له مصنفات توفي سنة أربع وأربعين وأربعمائة أنظر طبقات ابن السبكي حـ ٥ ص ٣٥٠ ـ العبادي ص ١١٢ ـ طبقات المصنف ص ٤٩ .

(١٢) كلمة« على » ذكرت في هامش (ب) وكلمة « يقين »وهي في «د» (يتيقن « وفي الأصل » تعين « وفي (ب) » يقين « كما هي مثبتة » .

ومن هذه المسألة يؤ خذ «أن[1]» صورة المسألة فيما «لو[2]» تيقن دخول أشهر الحج، فان شك هل دخلت أم لا «انعقد[3]» عمرة .

ولهذا قال : لو أحرم قبل أشهر الحج ثم شك هل أحرم بحج أو عمرة فهو عمرة »[4] ، لأنه لا شك فيه ، وفي البحر لو أحرم بالحج ثم شك وهو في أشهر الحج ، هل أحرم في أشهر الحج أو قبلها هل يلزمه الحج أو العمرة « أو »[5] هما؟ وجهان عن والدي . أحدهما يجتهد ويبني على غالب ظنه والثاني يأتي بالحج « فيتيقن »[6] سقوط الفرض . وأصلها إذا أحرم في وقته ثم نسي بماذا أحرم ما الذي يلزمه ؟ فيه قولان ، هذا إذا لم يعلم وقت الاحرام ووقت دخول الأشهر ، وشك في وقت الاحرام من الأشهر فان علم وقت الاحرام وشك في وقت دخول الأشهر لزمه العمرة لأن الأصل أن الأشهر لم تدخل .

الرابعة: اذا قلنا لا يصح اقتداء الشافعي بالحنفي اذا ترك واجبا عند الشافعي كما نقله الرافعي عن الأكثرين فلو شك هل ترك أو أتى به فوجهان أصحهما في الروضة الجواز، كما لو تحقق أنه أتى به مع أن الاصل عدمه ويحتمل بناؤ ها على الاصل والظاهر .

ويشكل عليه ما لو شك في ادراك حد الإجزاء في الركوع ، لا تحسب ركعة في الأظهر .

الخامسة: اذا شك في «التقدم[7] » على أمامه في الموقف لم يضره على الأصح المنصوص، وقيل ان جاء من بين يدي الامام ضر، والا فلا وهو القياس، ولكن

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) و(د) « إذا » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «إنعقدت»

(٤) في (د) « فإن شك هل دخلت أم لا انعقد عمرة » .

(٥) في (د) « أم » .

(٦) في (د) «ليتقن» وفي (ب) «ليتيقن».

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « التقديم » .

وجه النص أن الصلاة انعقدت على الصحة، والشك في المبطل، والأصل عدمه .

واستشكل عليه ما لو صلى وشك هل تقدم على الامام بالتكبير أم لا لا تصح صلاته ولعل الفرق أن الصحة في الموقف أكثر وقوعا فانها تصح في صورتين وتبطل في واحدة :

فتصح مع التأخير والمساواة وتبطل مع التقديم خاصة، والصحة في التكبير أقل وقوعا فانها تبطل بالمقارنة والتقدم، وتصح في صورة واحدة وهي التأخير .

السادسة : لو حلف ليضربنه مائة سوط فشد مائة وضربه بها «ضربة[1]» بَرَّ إن علم اصابة الكل، وان شك في اصابته، فالنص أنه لا يحنث ونص فيما اذا حلف ليدخلن الدار اليوم الا أن يشاء زيد ولم يدخل ومات زيد،ولم يعلم هل شاء أم لا، «أنه[2]»، وفيه طريقان «أصحهما تقرير[3]» النصفين «والفرق أن الضرب سبب ظاهر في الانكباس والتثقيل[4]» فيكتفى «فيه[5]» ولا امارة هنا تدل على مشيئته والأصل عدمها«قال[6]»النووى ذكر الدارمي وابن الصباغ والمتولي انه «اذا[7]» شك حنث، وانما «لم[8]» يحنث على المنصوص اذا غلب على ظنه اصابة الجميع وهو أحسن، لكن الأول أصح، لأنه بعد هذا الضرب شك في الحنث والاصل عدمه. انتهى .

قلت:قد قطع الامام باشتراط غلبة الظن وقال لا أقل من ذلك .

السابعة : لمس امرأة وشك هل هي محرم أو[9] أجنبية فتحرم وكذا[10] لو شك

(١) في (ب) و(د) « مرة » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أنه لا يحنث » .
(٣) في (د) « أحدهما تقدير »
(٤) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٥) في (ب) «به» وساقطة من (د).
(٦) في (ب) « وقال » .
(٧) في (د) « إذ » .
(٨) في (ب) و(د) « لا » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «أم».
(١٠) في (ب) « وكذلك » .

ألامس هو «أم[1]» ملموس «فملموس[2]» جزم في زوائد الروضة .

ولو تيقن بعد الطهارة أنه رأى رؤ يا وشك هل كان النوم الذي رأى «فيه[3]» تلك الرؤ يا على هيئة الاضطجاع أو القعود، قال البغوى يحكم بحدثه، قال النووى والصواب عدم الانتقاض للشك في الموجب .

الثامنة:لو انتبه فرأى بللا وشك أنه «ودى[4]» أو منى، فالمذهب أنه يتخير فلو غلب على ظنه أنه منى لكون الودى لا يليق بطبعه «أو لتذكر[5]» وقاع تخيله في النوم قال الامام يجوز أن يقال يستصحب يقين الطهارة، ويجوز أن يحمل الأمر على غالب الظن، «قال[6]» الرافعي في باب الغسل والاحتمال الأول أوفق لكلام المعظم انتهى، وفي هذا اعمال الطرف المرجوح .

التاسعة:وقعت نجاسة في ماء «وشك[7]» هل هو قلتان فالمنقول نجاسته والامام احتمال أنه طهور، قال النووى وهو المختار للشك في التنجيس .

العاشرة:ادخل الكلب فاه في اناء وخرج بلا رطوبة لم يحكم بنجاسة الاناء ولو خرج وعليه رطوبة فوجهان أصحهما كذلك لاحتمال أن يكون من لعابه، والأصل طهارة الاناء .

أما اذا لم يعتضد مقابله بأصل فينتهض الشك كما لو شك بعد الفجر هل نوى أم لا لم يصح صومه ويلزمه الامساك والقضاء، وفي البحر أنه يصح وهو بعيد .

ولو شك هل كانت نيته قبل الفجر أو بعده، قطع الأصحاب بأنه لا يصح،

---

(١) هكذا في (ب) وفي (د) « أو » وسقطت من الأصل .

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٤) في (د) « مذي » .

(٥) في (د) « ولتذكر » .

(٦) في (د) « قاله » .

(٧) في (ب) « فشك » .

قال النووي ويحتمل أن يجيء فيه خلاف، وكذا لو توضأ بماء وشك هل هو مائع أو ماء لم يصح لوجوب النية وشرطها الجزم وهو مفقود.

ولو استنجى بشيء وشك هل هو عظم أو مطعوم أو غيره مما يمتنع الاستنجاء »[1] به فهل يجزئه؟ « قولان »[2] :

ولو مَسّ[3] من له كفان[4] عاملتان أو غير عاملتين « باحداهما »[5] ، فانه ينتقض مع الشك في أنها أصلية أو زائدة وكذا « الذكران »[6] ، كما يفهمه كلام الروضة في باب اللمس، وحكى في شرح المهذب عن البيان أنه لا ينتقض أحد العاملين كالخنثى وهو القياس.

البحث الثالث :

اذا «أقدم[7]» شاكا في حصول الشرط، ثم بان مصادفته هل يجزيه «هو على ضربين»

أحدهما :

أن يكون مما تجب فيه النية أو بنى على الاحتياط، فلا يجزيه[8]»، كما لو صلى شاكا في دخول الوقت ثم بان دخوله، وكما لو توضأ بالاناء المشتبه من غير اجتهاد ثم تبين أن الذي توضأ به كان طاهرا لم تصح صلاته ولا وضوؤه، فلو غسل به نجاسة لم يصح بناء على نيته قبل التبيين وتصح بعد التبيين بناء على المشهور أن ازالة النجاسة لا تفتقر للنية.

---

(١) ما بين القوسين ساقط من (د).

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د).

(٣) في (ب) و(د) « لمس ».

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «كفين»

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل « بأحدهما » وفي (ب) « بأحديهما ».

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الذكرين ».

(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « قدم ».

(٨) ما بين القوسين ساقط من (د).

ولو شك في جواز المسح على الخف فمسح ثم تيقن فانه يجب عليه اعادة المسح، ويقضي ما صلى به .

ولو تيمم وهو شاك في دخول الوقت، ثم بان انه في الوقت لم يصح تيممه وكذا لو طلب الماء في هذه الحالة، ثم تبيين ان لا ماء، لم يحسب تيممه .

ولو ظن أن عليه فائتة ولم يتحققها فتيمم لها، ثم تذكرها، لم يجز ان يصليها بذلك التيمم، لأن وقت الفائتة «بالتذكر[1]» .

قال الشاشي وينبغي ان يكون على الوجهين فيمن توضأ «محتاطا[2]» «بماء طاهر[3]»، ثم تبين حدثه، وكذا لو صام الأسير في «مطمورة[4]» من غير اجتهاد ثم بان أنه صام في الوقت لم يصح، أو اشتبهت عليه القبلة فصلى بغير اجتهاد وتبين أنه صلى للقبلة، وكذا لو حكم القاضي بغير اجتهاد ثم «بان مصادفته[5]» للمستند لا يصح .

ولو ولى الامام قاضيا وهو لا يعلم اتصافه بالأهلية لم يصح وان «كان أهلا[6]»، ومن لا يجوز أن يكون قاضيا «لو ولى[7]»، وحكم لم تنفذ أحكامه وان كانت صوابا، قاله الدبيلي في أدب القضاء، وحكى «ابن عبدان[8]» في الشرائط من

---

(١) في (د) « بالتذكرية » .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) . (٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) و(د) .

(٤) قال في المصباح حـ ٢ ص ١٢ ط . الثالثة طمرت الميت طمراً من باب قتل دفنته في الأرض وطمرت الشيء سترته ومنه المطمورة وهي حفرة تحفر تحت الأرض قال ابن دريد وبني فلان مطمورة إذا بنى بيتاً في الأرض هذا وانظر القاموس المحيط حـ ٢ ص ٨١ ط . الثانية .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بان أنه مصادفته » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « كان من أهلا » .

(٧) في (د) « أو ولي » وفي (ب) « لو تولى » .

(٨) هو أبو الفضل عبد الله بن عبدان تثنية عبد كان شيخ همذان وعالمها ومفتيها أخذ عن ابن الآل وغيره وله كتاب الشرائط وهو كتاب صنفه في الفقه ـ توفي في صفر سنة ثلاث وثلاثين وأربعمائة انظر طبقات ابن هداية الله ص ٤٨ ـ طبقات ابن السبكي حـ ٥ ص ٦٥ ـ طبقات الأسنوي حـ ٢ ص ١٨٨ .

ولى «القضاء[1]» من غير أهلية فوافق الحق في حكومة نفذت تلك الحكومة عند الاصطخرى، قال وخالف جمهور الأصحاب .

ولو صلى خلف من شك في الاقتداء به، كالخنثى، ثم بان لم يصح .

ولو قال ان كنت حلفت فعبدي هذا حر عن ظهاري،ثم بان أنه ظاهر لا يعتق .

«ومنها[2]» لو أذنت لوليها ان يزوجها من زيد فوكل الولي في تزويجها، وأطلق فزوجها الوكيل من الذي عينته هي لوليها فانه لا يصح .

ولو ارتابت في العدة قبل انقضائها «لم تنكح[3] بعد» الأقراءان استمرت الريبة فلو نكحت بطل، وان بان بمصادفته للبينونة .

ولو باع صبرة بصبرة جزافا وخرجتا سواء لم يصح، وكذا لو تزوج امرأة وهو لا يعلم أنها أخته أم اجنبية أم معتدة فبانت أجنبية خلية .

ولو شك بعد الوقت هل الصلاة عليه أم لا «لم[4]» يلزمه قضاؤها، ولو قضاها ثم تبين انها كانت عليه لم يجزئه بلا خلاف، كما قاله في باب نية الوضوء من شرح المهذب، والقياس تخريجه على الوجهين فيمن شك في حدثه فتوضأ ثم بان حدثه لا يرتفع في الأصح .

الثاني : أن يكون بخلاف ما سبق فيجزئه في صور :

احداها لو وقف بعرفة شاكا في طلوع الفجر، ثم تبين أنه كان قد طلع فان وقوفه صحيح مسقط للفرض، قاله الشاشي في المعتمد .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القصاص » .

(٢) في (ب) و(د) « ومثلها » .

(٣) في (د) « لم تنكح إلا بعد »

(٤) في (د) « لا » .

الثانية : « إذا »[1] أحرم بالحج شاكا في دخول الوقت ثم بان أنه كان دخل فينبغي الصحة ، لأنه شديد اللزوم ، ويشهد له ما سبق في فصل الخطأ أنهم لو اجتهدوا في أشهر الحج وأحرموا « وبان »[2] الخطأ عاما أنه ينعقد حجا ، كما لو وقفوا العاشر « أو عمرة »[3] وجهان .

الثالثة:قال الدارمي : لو شك في طلوع الفجر فله الأكل، فان بان أنه أكل «من[4]» قبل الفجر «أو لم[5]» يبن فلا شك عليه أو بعده أعاد، وان شك في غيبوبة الشمس لم يأكل فان أكل فعلم أنها كانت غائبة فلا شيء عليه وان علم أنها لم تغب أو لم يتبين أعاد .

قلت وعلى هذا فالفرق بين ما إذا شك في الغروب ثم بان أنها غربت حيث لا يعيد لأنه صادف الليل وبين الصلاة أن العبادة هنا وقعت على الصحة ، ثم شك في المفسد بخلافه ثمّ فان ابتداءها وقع على الشك

الرابعة:شك الصائم في أنه نوى قبل الفجر فقطع الصيمري والماوردي «والعمراني[6]» بمنع الصحة، قال النووي ويحتمل مجيء وجه من الشك في ادراك ركوع الامام وان تذكر «بعد»[7] مضى أكثر النهار التبييت صح قطعا .

الخامسة:أحرم بالصلاة آخر وقت الجمعة ونوى الجمعة ان كان وقتها باقيا،

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها من الأصل و(د).
(٢) في (د) « بان » .
(٣) في (د) « أو غيره » .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د)
(٥) في (د) « ولم » .
(٦) هو أبو الخير يحيى بن أبي الخير بن سالم العمراني اليماني مصنف البيان والزوائد والسؤال عن ما في المهذب من الاشكال والفتاوى المتوفى سنة ثمان وخمسين وخمسمائة انظر طبقات ابن السبكي حـ ٤ ص ٣٢٤ ـ شذرات الذهب حـ ص ١٨٥ طبقات ابن هداية الله ص ٧٩ ـ تهذيب الأسماء واللغات حـ ٢ ص ٢٧٨ ـ هدية العارفين حـ ٢ ص ٥٢٠ .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

والا فالظهر، «ثم[1] بان» بقاء «الوقت[2]»، ومثله نية الصوم عن رمضان ليلة الثلاثين من شعبان اذا اعتقد كونه منه .

السادسة: باع مال أبيه يظن حياته فبان ميتا صح في الأظهر .

السابعة: عقد النكاح بخنثيين فبانا ذكرين صح في الأصح .

الثامنة: امرأة المفقود على القديم تتربص أربع سنين ثم تعتد لوفاته وتنكح، فلو نكحت بعد التربص والعدة فبان ميتا صح على الجديد في الأصح .

التاسعة: صلى أربع ركعات ظهراً بنية الفائتة ولم يعلم أن عليه ذلك ثم علم أنه كان عليه، قال صاحب البحر قال والدي يجوز عن فرضه الفائت، لأن بالاجماع لو صلى الظهر وفرغ «منه[3]» ثم شك في بعض فرائضه «يستحب[4]» الاعادة بنية الفرض فلولا ان الأولى اذا تبين «فسادها[5]» «تقع[6]» الثانية عن فرضه لم يكن للاعادة معنى وبان «بذلك[7]» أن شكه في وجوبه عليه لا يمنع صحة فعله، وقد صح ايضا أن من نسي صلاة من خمس صلوات يؤديها كلها وفي كل صلاة منها لا يعلم أنها واجبة عليه بعنيها فبان بهذا أن هذه المعرفة لا تكون شرطا فيما يؤديه من الصلوات .

قلت والمتجه جعل هذه الصورة من الضرب الأول ويؤيده ما سبق فيمن شك هل عليه صلاة ففعلها ثم تبين أنها عليه لا تجزئه .

العاشرة: لو ظن أن عليه دينا فأعطاه قدر الدين، وقال ان كان «عليه[8]» دين

---

(١) في (ب) « فبان » .
(٢) في (د) « وقت » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « إعتقاد بنية الاستصحاب للوقت » وفي (د) « إعتضاض نيته باستصحاب الوقت » .
(٤) في (ب) « إستحبت » .
(٥) في (ب) و(د) « فساده » .
(٦) في (د) « وتقع » .
(٧) في (د) « ذلك » .
(٨) في (ب) « على » .

فهذا من قبل الدين «وان لم[1]» يكن فهو تبرع وهبة، ثم تبين أنه كان عليه دين يقع محسوبا، قاله المتولي، وفرق «بينها[2]» وبين ما سبق «بأن[3]» النية «هنا[4]» ليست بشرط حتى «ان صاحب الدين لو أخذ[5]» قدر حقه من ماله تبرأ ذمته .

تنبيه :

قيد بعضهم «هذا[6]» الضابط فقال ما أتى به المكلف في حال الشك لا على وجه الاحتياط «ولا[7]» لامتثال الامر فوافق الصواب في نفس الأمر، فانه لا يجزئ لأجل اشتراط الجزم بالنية .

قال وخرج بقولنا «لا على وجه[8] الاحتياط» صور :

«أحدها[9]»: اذا شك هل أصاب الثوب نجاسة أم لا فغسله احتياطا ثم بان أنه كان نجسا، فانه لا يجزئ .

قلت: هذا انما يجيء على وجه ابن سريج الموجب للنية في ازالة النجاسة .

الثانية: المحدث اذا شك هل توضأ ام لا فتوضأ احتياطا ثم بان حدثه، فإنه يصح وضوؤه قطعا، لأن الأصل بقاء الحدث «فلم[10]» يكن للتردد هنا تأثير .

قلت: وتصويره مشكل، لأنه اما متطهر أو محدث، فان كان متطهرا فلا

(١) في (د) « ولم » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بينهما » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أن » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « هناك » .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « ان لو صاحب الدين أخذ » .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بهذا » .
(٧) في (د) « فلا » .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل « لا لأجل الاحتياط » وفي (د) « لا على الاحتياط » .
(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « آحدها » .
(١٠) في (د) « لم » .

اعتبار به اذ لم ينو التجديد، بل نوى رفع الحدث وليس عليه، وان كان محدثا فلا يصح، لعدم جزم نيته.ويظهر تصويره فيما اذا قال نويت رفع « الحدث [1] ان» كان علي حدث، فان كان عليه حدث ارتفع، وان لم يتبين فصلاته صحيحة، ويغتفر التعليق هنا، كالمسافر اذا نوى خلف من شك في «نية[2]» القصر، فقال، ان قصر قصرت .

الثالثة:اذا نسى صلاة من الخمس ولم يعرف عينها، فانه يصلي الخمس ويبرأ مما عليه مع الشك في كل صلاة، لأنه أتى بها على وجه الاحتياط .

قلت:فلو تذكر المنسية بعد ذلك فقال النووي لم ار فيها نقلا وينبغي أن «يتخرج [3]» على الوجهين في وضوء الاحتياط.انتهى .

والظاهر القطع بعدم وجوب الاعادة وبه جزم صاحب البحر، والفرق «بينها[4]» وبين مسألة الحدث تحقق شغل الذمة، فهو جازم «به[5]» بقصد البراءة، ولا طريق الى معرفة اليقين حينئذ، بخلاف صورة الشك في الحدث، فانه ليس جازما بالشغل فافترقا .

وقولنا «ولا[6]» لامتثال الأمر «احترازاً [7]» مما اذا اجتهد وغلب على ظنه بالاجتهاد شيء، فانه يجوز تعاطيه، وان كان «الشك[8]» بعد قائما لأنه مأمور بالعمل بما غلب على ظنه.نعم، اذا تيقن الخطأ بعد ذلك وجب عليه التدارك ومتى تجرد فعل العبادة مع الشك «من[9]» هذين القيدين كان غير مجزئ، كما في الصور السابقة .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الحدث وليسعليه أن » .

(٢) في (ب) « نيته » .

(٣) في (ب) « تخرج » .

(٤) في (د) « بينهما » .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب).

(٦) في (ب) « أولاً » .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « احتراز » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٩) في (ب) و(د) « عن » .

الرابع : الشك في اثناء العبادة لا يرفعه الا اليقين، ولا يجوز معه الا الاجتهاد،كالمصلي يشك في عدد الركعات، فانه يبنى على اليقين، ليتحقق الخروج عما شرع فيه، وكما اذا أحرم بنسك معين، ثم نسيه فالجديد الصحيح أنه لا يجتهد وطريقه «أن[1]» ينوي القران، ويأتي بأعمال النسكين، لأن به يخرج عما عليه بيقين، فانه ان كان قد نواه لم تضر نيته ثانيا كان نوى عمرة فلادخال الحج عليها جائز وان كان نوى حجا فلادخال العمرة عليه لا يقدح وان كان في «صحتها[2]» خلاف، وفي القديم يجتهد لامكان ادراكه بالتحري، كما في القبلة والأواني، والصحيح الأول، لأن التحري غير ممكن فانه شك في فعل نفسه لا امارة عليه، والاجتهاد انما يكون عند الامارات، ولأن كل عبادة أمكن أداؤها بيقين لا يجوز الاجتهاد فيها، ولا «يرد[3]» الاجتهاد. في القبلة والأواني والثياب والوقت لأن العبادة لا تحصل بهابيقين، الا بعد فعل محظور، وهو أن يصلي الى غير القبلة ويتوضأ بماء نجس ويصلي في ثوب نجس ويصلي قبل الوقت، «فلذلك[4]» جاز الاجتهاد .

وقالوا لو اجتهد جمع في أوان فيها اناءان طاهران وغلب على ظن كل واحد «منهم[5]» طهارة واحد هل يجوز اقتداء بعضهم ببعض على القولين في مسألة الحج، حكاه الشيخ أبو محمد، «قال[6]» وهذا خلاف في «أن[7]» الاقتداء هل يجوز بالتحري والاجتهاد نعم يجوز الاجتهاد للصائم آخر النهار خلافا للأستاذ أبي اسحاق حيث قال لا يفطر الا بيقين والصحيح الأول كأركان الصلاة وخلافه جار فيها أيضا .

---

(١) في (ب) « أنه » .

(٢) في (د) « صحتها » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يراد».

(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ولذلك » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « منها » .

(٦) في (د) «وقال» وساقطة من (ب).

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د).

الخامس :

اذا شك هل فعل أم لا فالأصل أنه لم يفعل .

ومن ثم لو شك هل «رضع[1] » خمسا أو أقل أو هل رضع في الحولين أم بعد لم يثبت التحريم .

« ولو لم يتحقق[2] » المتوضيء خروج شيء منه ، ولكن شك هل خرج منه شيء هو «منى[3]» أم لا ، فلا خلاف، كما قاله في المطلب،أنه لا يلزمه شيء، لأن الأصل عدم خروج شيء، والأولى أن يغتسل لاحتمال خروج المنى، وقد مثل هذا بمن يرى في نومه أنه قد احتلم ولا يرى في ثوبه بللا ، وقال وقضية مذهب مالك «رحمه الله[4]» فيما اذا شك هل أحدث أم لا «أنه يلزمه الوضوء[5]» أنه يلزمه في هذه «الحالة[6]» الغسل واذا فعل ثم شك هل «ترك فعلا[4]» فالاصل» أنه فعل، «لأن الصورة انه فعل[7]» يقينا، فلا يبطل بالشك في مبطله .

ومن ثم لو صلى ثم شك هل ترك بعضا لا يسجد للسهو .

ولو شك هل تقدم على الامام أم لا صحت صلاته على «النص[8]»، لأنه تيقن الفعل وشك في المبطل، وكذا لو شك في «اصابة[9]» الجميع في مسألة اليمين .

---

(١) في (د) « أرضع » .
(٢) في (د) « ولو تحقق » .
(٣) في (د) « شيء » .
(٤) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د).
(٥) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٧) في (ب) و(د) « تركه فالأصل » .
(٨) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و(د).
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « اليقين » .

ولو أدرك الصيد وفيه حياة مستقرة وتعذر ذبحه حتى مات حل فان لم يتعذر لم يحل، وكذا لو شك بعد موته، هل تمكن من ذكاته فيحرم أو لم يتمكن فيحل فقولان أصحهما الحل .

السادس :

اذا تيقن الفعل وشك في القليل والكثير حمل على القليل لأنه المتيقن .

كما لو شك هل طلق واحدة أواثنتين يبنى على واحدة ولا يخفى الورع .

ولو كان عليه دين وشك في قدره لزمه اخراج المتيقن فقط قطع به الإمام في «باب[1]» زكاة النقد اللهم الا أن تشتغل الذمة بالأصل فلا تبرأ الا بيقين، كما لو نسي صلاة من الخمس يلزمه الخمس .

ولو تيقن أنه ترك ركنا وأشكل عليه ذلك الركن لا يدري أنهالقراءة أوالركوع أو الاعتدال، ففي فتاوى القاضي الحسين عليه أن يأخذ بأسوأ «الاحوال[2]»، ويرجع الى القراءة

ولو كان عليه زكاة ولم يدر هل هي بقرة أو شاة فإنهما تجبان ، قاله ابن عبد السلام « وقاسه »[3] على الصلاة ، ومنه يعلم تصويرها بما « إذا »[4] وجب عليه الأمران ، وأخرج أحدهما وشك فيه أما إذا وجب أحدهما فقطوشك في عينه فيتّجه إلحاقها بما إذا شك في الخارج هل هو مني أو مذي ، وقيل يجب عليه العمل « بموجبهما »[5] ، والصحيح التخيير .

ثم رأيت في فتاوى القفال : لو كانت له أموال من الإبل والبقر والغنم

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د). (٢) في (ب) « الحال » .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «وقياسه »

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) في (د) «بموجبها »

والنقد فشك في أن عليه « زكاة »[1] جملتها أو بعضها لزمه زكاة الكل ، لأن الأصل بقاء زكاته « عليه »[2] ، كما لو شك في الصيام وقال أنا شاك في العشر الأول هل على صيام ثلاثة أيام منه أو صوم جميعه لزمه قضاء جميعه .

قال ويفارق هذا ما لو شك في أن عليه درهماً من جملة الزكاة أو أربعين درهماً ولا يعرف عين « ذلك »[3] المال ، ولا يشير إليه فإن ههنا عليه الأقل ، « وقال »[4] في موضع آخر ، لو كان له مائتا درهم « في كيس ومائتان أخرى في كيس فشك هل بقي عليه خمسة دراهم »[5] من جملة زكاة هذه الدراهم فلا شيء عليه بخلاف ما لو شك في مائتين في كيس بعينه هل أخرج زكاته أم لا ، والأصل بقاؤه وعليه إخراجه .

ولو كان عليه كفارتان من ظهار أو عليه عشر كفارات فأعتق رقاباً ثم شك هل بقي عليه واحدة « منها »[6] أم لا لا شيء عليه ، بخلاف ما لو شك في ظهار بعينه ، كما لو قال أشك في الظهار الذي كان « في »[7] يوم « جمعة »[8] هل كفرته أم لا ، فهاهنا الأصل وجوبها عليه « فتلزمه »[9] انتهى .

والظاهر أنه لو شك « أن »[10] عليه « زكاة خمسة »[11] أو عشرة لم يلزمه إلا خمسة .

قال الصيمري ولو علم أن عليه صوماً ولا يدري أنه من رمضان أو نذر أو

(١) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د)
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٦) في (د) «منهما»
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب)و(د)
(٨) في (ب) و (د) «الجمعة»
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من «الاصل»
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(١١) في (ب) و (د) «خمسة زكاة» .

كفارة فنوى صياماً أجزأه كمن نسى صلاة من خمس وقيل يفرق بينهما باستصحاب الأصل في كل صلاة وهنا بخلافه ثم ظاهرة أنه يكفيه يوم واحد ، وتجزئه هذه النية ، ويحتمل أن لا يبرأ « بيقين »[1] إلا أن يصوم ثلاثة أيام ، كما هو قياس نسيان الصلاة .

ثم رأيت في الاستقصاء أنه ينوي صوم اليوم الذي عليه ويجزئه كما لو كان عليه عتق ولم يدر هل هو عن قتل أو ظهار ، « فأعتق »[2] رقبة ونوى بها ما عليه من العتق ، فإنه « يجزئه »[3] ، كذلك ههنا .

ويفارق من نسي صلاة من الخمس ، لأن تعيينها بالنية واجب ، وذلك لا يمكن إلا بأن يصلي خمس صلوات بخمس نيات انتهى .

ومسألة العتق نقلها الإمام عن القاضي الحسين وقال ينوي بها العتق الواجب وقياس ما سبق وجوب رقبتين إذ التردد بين شيئين وهو ما يقتضيه كلام بعض العراقيين .

ولو تحققت المرأة أن عليها عدة وشكت هل هي عدة طلاق أو وفاة لزمها الأكثر .

ومثله لو اتخذ إناء من ذهب وفضة وجهل الأكثر منهما ولم يمكن تمييزه وجب عليه أن يزكي الأكثر ذهباً وفضة ، وإنما وجب الأكثر في هاتين الصورتين ، لأن المكلف فيهما ينسب إلى التقصير ، بخلاف ما لو رأى بللاً وشك حيث يتخيرّ .

« السابع »[4]

إذا أراد الخروج عن الشك استعمل الورع وهو تنزيل الأمر على أسوأ

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «عتق» .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «يجزي» .

(٤) في (د) «السادس» .

الأحوال ، ويدع ما يريبه إلى ما لا يريبه وفيه صور :

« إحداها »[1] المتطهر إذا شك في الحدث فالورع أن يحدث ثم يتطهر فإن تطهر من غير حدث ، قال ابن عبد السلام فالمختار أن الـورع لا يحصـل بذلك لعجزه عن جزم النية برفع الحدث ، لأن بقاء الطهارة يمنعه ، كما أن بقاء شعبان يمنع من جزم نية صوم رمضان ليلة الثلاثين من شعبان ، قال وهذا هو الجاري على أصول « الإمام »[2] الشافعي « رضي الله تعالى عنه »[3] من جهة أن استصحـاب الأصل قد يمنع من الجزم .

ومثله لو شك في الخارج منه « هـل هو »[4] منـي أو مذي فإنـه يتخـيرّ في الأصح ، فإذا اغتسل كيف يخرج « من الخلاف »[5] بيقين ، لأنه لا يقدر على جزم النية فطريقه أن يجامع ثم يغتسل ، وكان بعض الأشياخ يستشكل قول ابن عبد السلام بالأمر بالجماع لما فيه من ابطال العبادة « وسد »[6] باب الـورع على غـير واجد البضع الحلال .

وذكر القاضي الحسين في تعليقه أنه إذا احتجم المتوضئ أو افتصد بعـد أن صلى فإنه يستحب له تجديد الوضوء ليخرج من خلاف أبي حنيفة « رحمه[7] الله » فإنها ناقضان للوضوء عنـده فإن لـم يكن قد صلى به شيئـاً فإنـه يكره « لـه »[8] التجديد ، لأنه في معنى الغسلة الرابعة المنهي عنها ، قال وكان ابن سريج في هذه

---

(١) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «أحدها» .

(٢) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) و (د)

(٣) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب) و (د)

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الاصل و(د) .

(٥) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب)

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «ويسد »

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الاصل و(ب)

الحالة يمسّ فرجه ثم يتوضأ « وهو »[1] يؤ يد مقالة الشيخ عز الدين .

الثانية:« إذا »[2] شك المتوضئ هل غسل مرتين أو « ثلاثاً »[3] ، قيل يأخذ بالأكثر ولا يغسل أخرى « كيلا »[4] يقع في بدعة بتقدير الزيادة ، والأصح « بالأقل فانه[5] إنما » يكون بدعة بتقدير تحقق « الزيادة »[6] .

الثالثة:من شك هل طلق أم لا أخذ بالأغلظ إذا أراد دوام النكاح قال الشيخ وطريق الورع أن يطلق طلقة معلقة على نفي الطلقة الثانية بأن يقول إن لم أكن طلقتها فهي طالق كيلا يقع عليه طلقتان .

قال ولو شك في الطلقة أرجعية هي أم خلع فليرتجع وليجدد النكاح ، لأنها إن كانت رجعية ، فقد تلافاها بالرجعة ، وإن « كانت »[7] خلعاً فقد تلافاها بالنكاح .

ولو شك أطلق قبل الدخول أم بعده ، فإن كان قبل انقضاء العدة فليجدد رجعة ونكاحاً ، وإن كان بعد انقضائها ، فليجدد النكاح .انتهى .

وروى ابن السمعاني في أماليه حكاية فيمن شك هل طلق امرأته أم لا فقال له أبو حنيفة:لا طلاق ، وقال له الثوري:راجعها ، وقال له شريك:طلقها ثم راجعها ، وجاء الى زفر « بن »[8] الهذيل : فقال « له »[9] سأضرب لك مثلاً رجل

---

(١) في (د) و (ب) «وهذا »

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «ثلاثة »

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «لئلا » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل و (د) «بالأقل وانما » ولا يخفى الفرق بين (ب) وغيرها .

(٦) في (ب) و (د) «الزائد » .

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «كان »

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .

(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د) .

مر « بشعب يسأل »[1] ، قال لك أبو حنيفة: ثوبك طاهر وصلاتك تامة حتى تستيقن أثر الماء ، وقال لك سفيان: اغسله فإن يكن نجساً ، فقد طهرته وإن يكن طاهراً فقد زدته طهارة إلى طهارة ، وقال لك شريك: بل عليه ثم اغسله ، قال ابن السمعاني وما قاله شريك عندي أصح ، لأن قول أبي حنيفة خارج عن الاحتياط ، وقول سفيان يقتضي مراجعة على الشك .

قلت: ولم يصب من أدخل قوله في أخبار « المغفلين »[2] لخفاء مأخذه عليه وهو أن الرجعة مع الشك في الطلاق يصيرها كالمعلقة على شرط فلا يصح ، ومن ها هنا يعلم أنه لا يصح تمثيل قوله بمن « شك »[3] في نجاسة ثوبه فنجسه ثم غسله .

الرابعة: وهي مسألة أصولية ، إذا صدر من المكلف ذنب ونسيه فأراد التوبة عنه .

قال « ابن القشيري »[4] « في المرشد »[5] ، فإن عين ذنوبه في الجملة وعزم أن لا يعود إلى ذنب لم تصح توبته مما نسيه ، وما دام ناسياً لا يكون مطالباً بالتوبة ، لكن يلقى الله « تعالى »[6] وهو مطالب بتلك الزلة ، وهذا كما لو كان عليه دين

---

(١) هكذا في الاصل و(د) وفي (ب) «بنقب يسيل» وقال في القاموس حـ١ ص٩١ ط . الثانية الشعب بالكسر الطريق في الجبل ومسيل الماء في بطن أو ما انفرج بين الجبلين .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وأيضا في النسخة «ل» التي رجعت اليها في بعض الكلمات التي أشكل فهمها على « وفي الأصل » العقلين .

(٣) في (د) «يشك» .

(٤) هو أبو نصر عبد الرحيم بن الاستاذ عبد الكريم القشيري صاحب الرسالة تتلمذ على والده ثم على امام الحرمين وكان الشيخ أبو اسحاق يحضر مجلس وعظه ببغداد وقعت بينه وبين الحنابلة فتنة بسبب التجسيم مما اضطره الى العودة الى بلدة نيسابور والإقامة بها الى أن توفي يوم الجمعة الثامن والعشرين من جمادي الآخرة .

انظر العبر حـ٤ ص٣٣ - ابن هداية الله ص٧٣ - المنتظم حـ٩ ص٢٢٠ - تبين كذب المفتري ص٣٠٨ -

(٥) هاتان الكلمتان ساقطتان من (د) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب)

لآدمي « ونسي المداين ولم يقدر على الأداء فهو في الحال غير مطالب مع النسيان ، ولكن يلقى الله تعالى »[1] وهو مطالب ، قال وهذا مأخذ ظاهر ، لأن « التوبة »[2] ندم ، والندم إنما يتحقق مع الذكر « لما »[3] فعله حتى يتصور الندم .

وقال القاضي أبو بكر إن لم يتذكر التفصيل يقول إن كان لي ذنب لم أعلمه فإني تائب إلى الله تعالى منه ، ولعله قال هذا إذا علم أن له ذنوباً ، ولكنه لا يتذكرها ، فأما إذا لم يعلم لنفسه ذنباً فالندم على ما لم يكن محال ، وذكر المحاسبي أنه يعين كل ذنب على انفراده ، ولا يخفى أشكاله .

قلت:وقول المحاسبي غاية الورع .

الخامسة:نذر شيئاً إن رده الله « تعالى »[4] سالماً ، ثم شك أو لم يدر أنذر صدقة أم عتقاً أم صلاة أم صوماً ، قال البغوي في فتاويه يحتمل أن يقال عليه الإتيان بجميعها كمن نسي صلاة من الخمس ويحتمل أن يقال يجتهد . بخلاف الصلاة لأنا تيقنا هناك وجوب الكل عليه فلا يسقط إلا باليقين « وهنا »[5] تيقنا أن الكل لم يجب عليه إنما « وجب واحد »[6] « واشتبه »[7] فيجتهد كالقبلة والأواني انتهى .

ولو حلف يميناً ولم يدر هل حلف بالله أو بالطلاق أو بالعتاق في نذر « اللجاج »[8]، ففي التبصرة « للخمي »[9] من كتب المالكية أن كل يمين لم يعتد

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) ولا فرق بين النسختين (ب) و(د) في ذلك الا في كلمة «تعالى» فانها ذكرت في (د) .

(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «مطالبة» .

(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «بما»

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .

(٥) في (ب) و (د) «وههنا»

(٦) في (ب) «وجبت واحدة»

(٧) في (د) وأشبهه» .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «للحاجة» .

(٩) هو علي بن محمد الربعي أبو الحسن المعروف باللخمي فقيه مالكي له معرفة بالأدب والحديث قيرواني

الحلف بها لا يدخل في يمينه مع الشك وهو يشبه عندنا « الأخذ »[3] بالحدث فيمن لا يعتاد تجديد الطهر، وقياس مذهبنا أنه ينزل على ما لا كفارة فيه ، لأن الأصل عدم شغل الذمة ، والقياس أن لا تحل الزوجة ، لعدم تحقق يمين الطلاق .

أما لو حلف يميناً وحنث فيها ولم « يذكر »[2] هل هي بالله أو بالظهار أو بالطلاق فلا تحرم الزوجة بالشك ، كما لو شك هل طلق ، وأما الكفارة فيحتمل أن تجب في الحال فإذا أعتق رقبة بريء ، لأنها إن كانت بالله أو بالظهار أو يمين اللجاج ، فالرقبة تجب على جميع ذلك ولا يضر عدم « التعيين »[3] ، لأن تعين الجهة « لا يجب »[4] ، بخلاف ما لو أطعم أو كسى ، لأن هذا النوع لا تشترك فيه الكفارات ويحتمل أن لا يجب عليه شيء في الحال ، لعدم تحقق شغل الذمة بالكفارة ، ولا تحرم الزوجة عملاً بالأصل في الموضعين .

ونظيره ما لو شك هل الخارج من ذكره مني أو مذي ، لا يجب الغسل .

الثامن :

إذا شك في النية أو شرطها ثم تذكر فإن قصر لم يضر وإن مضى ركن بطلت إن كان فعلياً قطعاً ، وكذا القولي في الأصح ، لأن إتيانه به على الشك « جزم »[5] منه بأنه ليس في الصلاة فيبطل وهل يلحق بعض الركن به عن صاحب الكافي أن بعض الفاتحة أو التشهد « كجميعه »[6] في الأصح ، ونقله عن النص .

= الاصل نزل مسفاقي وتوفي بها عام ثمانية وسبعين وأربعمائة وفي الديباج المذهب أنه توفي سنة ثمان وتسعين وأربعمائة صنف كتبا كثيرة من أحسنها كتابه المسمى بالتبصرة وهو تعليق كبير على المدونة في فقه المالكية أورد فيه آراء خرج بها عن المذهب ـ انظر الحلل السندسية في الأخبار التونسية ص١٤٣ ـ معالم الايمان جـ٣ ص٢٤٦ ـ شجرة النور ص١١٧ ـ الديباج المذهب ص٢٠٣ .

(١) في (د) «الأحدث»   (٣) في (ب) «يدر»

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «التغيير»

(٤) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٥) في (د) «حرام»

(٦) في (د) «بجميعه» .

وفي فتاوى القاضي الحسين ، لو قرأ المصلى بعض الفاتحة ، ثم شك هل نوى الصلاة « أو »[1] لا ، وأتم الفاتحة على هذا الشك ، ثم ذكر أنه نوى لا تبطل صلاته ، وما قرأه في حال الشك « لا يكون محسوباً وما بقي صحيح ، ولعل القاضي بناه على أن فعل الركن القولي على الشك »[2] لا يضر ، كما هو أحد الوجهين ، وقال ابن الأستاذ في شرح الوسيط ، لو مضى بعد الركن على الشك فإن كان الركوع أو السجود أو الاعتدال ولم تحصل طمأنينة محسوبة لم تصح صلاته أي إذا اطمأن على الشك ، قال ، وكذا لو تردد في أول الركوع ثم زال في أثناءه كما لو كان في بعض الإنحناء مثلاً ، فإن عاد منتصباً وركع صحت صلاته ، وإن تمّم الركوع فينبغي أن لا تصح « صلاته »[3] ، لأنه لم يأت بركوع تام.انتهى .

وما قاله في الطمأنينة بناه على أنها ليست ركناً مستقلاً ، فإن قلنا « ركن »[4] فهي داخلة في كلامهم.

ويستثنى صور لا يضر فيها احداث الفعل مع الشك:

إحداها:إذا صلى ركعتين من الظهر ثم ظن في الثالثة مثلاً أنها العصر ثم تذكر في الرابعة فإن ظهره صحيحة ، لأن ما لا يشترط تعيينه لا يضر الخطأ فيه ، وقال البغوي ينبغي أن لا « يحسب »[5] ما أتى به على اعتماد أنه عصر ، لأن تعيين النية وإن لم يجب في خلال الصلاة « فاستدامة حكمها »[6] مما يجب وحكم الإستدامة بطل بخطابه ، كما لو شك في أصل النية وفعل فعلاً على الشك ، قال ابن الأستاذ : والظاهر الأول إذ الصلاة تميّزت بكونها ظهراً أو عصراً بالنية الأولى ، ولم

---

(١) في (ب) و (د) « أم »

(٢) ما بين القوسين ساقط من الاصل ومذكور في (ب) و (د)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصلو(ب)

(٤) هكذا في (ب) و (د) و (د) وفي الاصل «ركنا »

(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «يحتسب » .

(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل «فاستدامته حكمها » .

يصرفها عما كانت،والظن الحادث لا يخرجه عن كونه في « صلاته »[١] ، وإذا أتى بفعل على الشك فهو ظان في إتيانه به على الشك أنه ليس في صلاة ، قال وسئل القاضي عمن شرع في ركعتي الفجر « فقنت »[٢] ظانا أنه في الصبح فلما سلم تذكر وأجاب ببطلان صلاته ، لأنه في الحقيقة شك في أصل النية هل نوى الفرض أو النفل ، وقد أحدث أفعالاً قبل « التذكر »[٣] .

« قلت »[٤] وهذا يقتضي البطلان في صورة البغوي ، فإن لم يظهر فرق بينهما حصل وجهان .

الثانية : لو سجد في الصلاة ثم شك هل « ركع »[٥] أم لا فقام على هذا الشك ، ثم تذكر أنه ركع لا شيء عليه ، قاله القاضي في فتاويه .

الثالثة : لو شك الصائم هل نوى من الليل أو لا فمضى أكثر النهار ثم تذكر أنه نوى لم يضره بخلاف ما لو فعل فعلاً في الصلاة على الشك قاله القاضي أيضاً .

« قال »[٦] ، ولو جامع « حالة[٧] الشك » فذكر أنه صائم بطل صومه ولا كفارة ، لأنها تسقط بالشبهة .

التاسع :

قد « ينبني »[٨] الحكم على الشك لتعذر « التحقق »[٩] في صور :

(١) في (ب) و (د) «صلاة » .
(٢) في (د) «يقنت » .
(٣) في (ب) و (د) «الذكر »
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل
(٥) في (د) «بلغ »
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الاصل .
(٧) في (د) «الشاك » فلم تذكر كلمتا « حالة الشك » في (د) وكلمة «الشاك » لم تذكر في الاصل و(ب) وذكرت في (د) وعلى هذا يمكن أن تكون العبارة اهلمأخوذة من النسخ الثلاث «الشاك حالة الشك »
(٨) في (ب) و (د) «يبني » .
(٩) في صلب (ب) «المحقق » وفي هامشها «التحقيق » .

منها:الرجعة في عدة نكاح شك في وقوع الطلاق فيه فانها رجعة صحيحة ، لأن الأصل عدم الطلاق كما سبق قريباً ، وكذا الرجعة مع الشك في حصول الإباحة بها ، كمن طلق وشك هل طلق ثلاثاً أو واحدة ، ثم راجع في العدة يصح ، لأن الأصل بقاء النكاح ، وقد شك في انقطاعه .

ولو طلق إحدى امرأتيه مبهماً ، فقبل أن يعين المطلقة راجعها ، فقال راجعت المطلقة منكما ففي صحة الرجعة وجهان أصحهما المنع ، قاله الرافعي في كتاب الرجعة ، بل طريقه أن يبين المطلقة ثم يراجع .

وذكر في كتاب الإيلاء أنه إذا آلى من إحدى امرأتيه وامتنع فطلق القاضي احداهما فقال الزوج راجعت التي وقع الطلاق عليها فوجهان سبقا في باب الرجعة وهذا وهم ، بل هذه تصح رجعتها قطعاً إذ لا ابهام فيها عند المرتجع ، لأنها هي المُولَىٰ منها وليست هي السابقة في الرجعة ، لإبهام تلك وتعيين هذه .

قال في البحر : ولو قال لها بعد الدخول أنت طالق إن قدم فلان فلم « يعلم »[1] هل قدم أم لا فراجع ثم علم أنه كان قدم ، ففي صحة الرجعة وجهان أصحهما المنع ، وأصله « من »[2] باع مال مورثه ظانا حياته .

ومنها:الحكم بإسلام من اتهم بالردّة ، إذا أنكر وأقر بالشهادتين فإنه صحيح وإن حصل التردد في مستنده هل هو الإسلام السابق أو الإسلام المجدد « على »[3] تقدير صحة ما اتهم به ، « ولأن »[4] هذا يثبت به إسلام الكافر الأصلي فالمرتد كذلك .

وقد قال « الإمام »[5] الشافعي « رضي الله[6] تعالى عنه » فيما حكاه عنه ابن

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الاصل (يقدم)

(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و (د)   (٣) في (د) «وعلى»

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «فلان»

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في «ب»

(٦) هكذا في (د) وفي (ب) «رحمه الله» وساقطة من الأصل .

القاص في أدب القضاء لم أكشف عن حقيقة الحال ، وقلت « قل »[1] أشهد أن لا إله إلا الله وأشهد أن محمداً رسول الله ، وأنه بريء من أمر خالف الإسلام انتهى .

ونقل عن الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد أنه قال ليس للحاكم الحكم بعصمة دمه حتى يعترف « أو تنهض[2] بينة » في مقابلة إنكاره . والصواب خلافه .

العاشر :

اشتهر من قواعد الفقهاء أن اليقين لا يرفع بالشك .

قال إمام الحرمين في البرهان في الأصول وفي النهاية في باب الشك « في الطلاق »[3] في هذه العبارة تجوز إذ اليقين لا يجتمع مع الشك ، وإذا طرأ الشك فلا يقين وإن أرادوا أن اليقين « السابق »[4] لا يترك بالشك الطارىء فليس هذا على الإطلاق ، بل إذا طرأ الشك لم يخل من ثلاثة أحوال :

أحدها:أن يرتبط بعلامة بينة « فيتبع »[5] فيه الإجتهاد ، ولا نظر إلى المتقدم كاختلاف العلماء في وقوع الطلاق على من « شك[6] أنه » طلق فامتنع الاجتهاد ، ولا حكم للنكاح السابق ، وما سبق من بعض انعقاده .

الثاني:أن يثبت بعلامة خفية ، كعلامة تميّز الطاهر من النجس في الأواني والثياب ، فإن علم نجاسة أحدهما وطهارة الآخر تعارض اليقينان فلا سبيل إلى

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل «وتنهض بينة » وفي (د) «أو ينهض ببينة »

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و (د) وسقطتا من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) وفي الاصل «يتبع » وفي (د) «فسمع » .

(٦) في (د) «شك في أنه » .

ترك « الإنائين أو الأخذ »[1] بأحدهما ، ولا سبيل إلى الترك فتعين الاجتهاد إذ ليس أحد الأصلين أولى من الآخر ، وإن تحققنا الطهارة وشككنا في طريان النجاسة ، كما إذا كان عنده إناء واحد فيه ماء فشك في طريان النجاسة عليه ، وغلبت عنده علاماتها ، فهل يحل التمسك بالعلامات أم يستصحب اليقين السابق لضعف العلامة فيه قولان .

وهذا هو استصحاب الحال عند الأصوليين .

الثالث:أن لا تكون علامة جلية ولا خفية وسببه ارتفاع العلامات ، كما في الأحداث .

قال في النهاية « وإذا »[2] انحسم الاجتهاد وطرأ الشك فعند ذلك الشافعي يرى التمسك باليقين السابق ولا « يتيمم »[3] للشك « فيهما »[4] لأن الشك يتعلق « بمعتقدين »[5] متعارضين ليس أحدهما أولى من الآخر ولا يخلو الإنسان غالب الأمر عن الشك .

وقال الشيخ أبو حامد وغيره الشك ثلاثة أضرب :

شك طرأ على أصل حرام ، كشاة مذبوحة في بلد فيه مسلمون ومجوس لا يغلب أحدهما الآخر فلا تحل ، لأن أصلها حرام .

وشك طرأ على أصل مباح ، « كما لو وجد ماء[6] متغيراً » ، واحتمل أن

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل كرر الناسخ كلا مًا سبق ذكره بعد كلمة «الانائين » وقبل كلمتي «أو الأخذ » ، فما جاء في الأصل:الانائين والثياب فان علم نجاسة أحدهما وطهارة الآخر تعارض اليقينان فلا سبيل الى ترك أو الأخذ .

(٢) في (د) «وان »   (٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «يتم » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) فيها .

(٥) في (د) «بمعتقد من » .

(٦) في (ب) « كماء وجد متغيرا » وفي (د) «كما وجده متغيرا » .

يكون تغيره بنجاسة أو بطول المكث فيحل استعماله مع الشك عملاً بأصل الطهارة . وكذلك الشك في الطلاق والعتاق ونحوهما .

وشك لا يعرف أصله ، « كمبايعة »[1] من أكثر ماله حرام ، فلا يحرم ، لإمكان الحلال ويكره خوف الوقوع في الحرام .

الحادي عشر :

مستنبط من الحديث الصحيح « لا يخرج حتى يسمع صوتاً أو يجد ريحاً »[2] « ينبني »[3] عليه كثير من الأحكام وهي استصحاب اليقين والإعراض عن الشك كما في صورتي يقين الحدث والطهارة ، وكما لو شك الزوج هل طلق أم لا فإنه يبني على يقين النكاح ويطرح الشك .

وقد استثنى ابن القاص في تلخيصه من هذه القاعدة إحدى عشرة مسألة ورد عليه القفال الكل ، والأرجح مع ابن القاص في كثير .

« احداها »[4]: شك ماسح الخف هل انقضت مدته أم لا فإنه يأخذ « بأنه »[5] انقضت وإن كان الأصل بقاؤها .

الثانية: شك هل مسح في الحضر أو في السفر يأخذ بأنه مسح في الحضر ورد ذلك القفال بأنه لم يزل اليقين بالشك ، بل لأن الأصل غسل الرجلين فلا يعدل إلى المسح إلا بيقين ، والأرجح مع ابن القاص .

---

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «كبائع » .

(٢) هذا الحديث أخرجه البخاري وأبو داود والترمذي وغيرهم وأقرب الروايات للفظ الذي ذكره المصنف هنا رواية الترمذي وهي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال «اذا كان أحدكم في المسجد فوجد ريحا بين اليتيه فلا يخرج حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » ـ انظر صحيح الترمذي حـ١ ص٩٨ ـ والبخاري حـ١ ص١٩١و ٢٢٦ و٢٢٧ من فتح الباري ـ وسنن أبي داود حـ٢ ص١٧٥ الى ١٨٠ .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل «ينشىء » وفي (ب) «ما يبنى » .

(٤) في (د) «أحدها »

(٥) في (د) «بأنها »

الثالثة:إذا أحرم المسافر بنية القصر خلف من لا يدري أهو مسافر أم مقيم فإنه لا يجوز له القصر ورد بأنه ليس ترك يقين بشك ، بل لأن القصر رخصة ولم يتحقق شرطه .

الرابعة:بال حيوان في ماء كثير « ووجد »[1] متغيراً ولم ندر أتغير بالبول أم بغيره فإنه نجس على النص مع أن الأصل عدم « تغيره »[2] بالبول .

ورد بأن إحالة التغير على البول المتيقّن أولى من إحالته على طول المكث فإنه مظنون فيقدم الظاهر على الأصل .

الخامسة:المتحيرة يلزمها الغسل عند كل صلاة تشك انقطاع الدم قبلها مع أن الأصل عدم انقطاعه ، ورد بأن « الصلاة في[3] الذمة » ، فإذا شكت في الانقطاع وجب الغسل ، والأرجح مع ابن القاص وهو قريب من صورة الشك في الحدث ، لكن « الأمر »[4] بالاحتياط هناك اقتضى ذلك .

السادسة:من شك في موضع النجاسة من الثوب يغسله كله مع أن الأصل في غير ذلك الموضع من الثوب الطهارة ، ورد بأنه ممنوع من الصلاة ولا تتحقق الطهارة ، إلا بغسل الجميع .

السابعة،والثامنة:شك مسافر أوصل بلده أم لا « أو نوى »[5] الإقامة أم لا لم يترخص مع أن الأصل بقاء السفر وعدم وصوله ، ورد بأن الأصل الإتمام والقصر رخصة فلا يعدل إلى الرخصة ، إلا بيقين وحكى القفال في السابعة وجهاً بالجواز

---

(١) في (د) «ووجده» .
(٢) في صلب النسخة (ب) «التغير» وفي هامشها «تغيره» كما في الأصل و(د) .
(٣) في (ب) «الصلاة الأصل في الذمة» .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (د) «ونوى» .

ولـم يذكره في الثامنة ، وذكره الإمام نقلاً عن حكاية الشيخ أبي علي .

التاسعة: من به حدث دائم إذا توضأ ثم شك هل انقطع حدثه أم لا فصلى بطهارته لـم يصح مع أن الأصل الاستمرار ، ورد بأن طهارته ضرورة فإذا شك في الإنقطاع فقد شك في السبب المجوز فيرجع إلى الأصل والأرجح مع ابن القاص .

العاشرة: المتيمم إذا توهّم الماء بطل تيممه مع أن الأصل عدمه وإن بان أن لا ماء. ورد بأن توهم الماء يوجب الطلب وذلك مبطل للتيمم. والأرجح مع ابن القاص فان مجرد الوهم قد « اعملناه »[1] في إبطال المتيقن وهو الطهارة وسبب رجحان كلام ابن القاص فيما سبق نظراً إلى أن الأصل الموجود أسقطناه بالشك .

« الحادية عشرة »[2]: رمى صيداً فجرحه ثم غاب فوجده ميتاً وشك هل أصابه شيء آخر من رمية أو حجر فإنه لا يحل ، وكذا في إرسال الكلب . ورد بأن فيها قولين فإن أجزنا أكله فلا استثناء وإن منعناه فالأصل التحريم ، وقد شككنا في الحل . وهذا رد جيد وقد رجح جماعة الحل وهو الأرجح في الدليل وإن كان الجمهور صححوا التحريم « ومحل »[3] ذلك فيما إذا كان الجرح لا ينتهي إلى حركة المذبوح فإن انتهى حل قطعاً .

واعلم أن الإمام والغزالي ذكرا أربع مسائل مستثنيات ونسباها لصاحب التلخيص وقال الإمام أنه حذق وأن هذه مما تستفاد وقد ذكر الأولى والسابعة والثامنة ونقلا واحدة عن ابن القاص صدرا بها لم أرها في كلامه وهي أن الناس لو شكوا في « انقضاء[4] وقت » الجمعة فإنهم يصلون الظهر ، وإن كان الأصل بقاء الوقت وبذلك يتم المستثنى « اثنتي عشرة »[5] مسألة .

---

(١) في (د) « اعلمناه »

(٢) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) «الحادي عشر » .

(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «ويحل » .

(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وقت انقضاء » .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «اثني عشر » .

قال الإمام أن الشيخ أبا علي لم يذكر الخلاف في الجمعة والمسح وذكر الخلاف في صورتي المسافر ، ولعل الفرق أن انقضاء وقت المسح ليس « مما »[1] يتعلق باختياره ، وإذا « شك فيه تعين[2] الرد » للأصل بخلاف الانتهاء لدار الإقامة والعزم عليها فإنه يتعلق بالشاك فجاء وجه أنه إذا لم يتحققه طرحه .

واستثنى النووي في شرح المهذب الشك في مسح الرأس بعد الوضوء والشك في أركان الصلاة بعد السلام فإنه غير مؤثر « فيهما »[3] على الأصح .

وفي الاستثناء نظر ، لأن العبادة مضت كاملة على غلبة ظن المكلف وهو المكلف به فلا أثر لما يحدث من الشك .

وبقيت مسائل أخر تضاف « لما »[4] ذكر .

منها:المقبرة إذا شك في نبشها فإن الأصح أنه لا يصح « الصلاة »[5] فيها مع أن الأصل عدم النبش .

ومنها:إذا جومعت المرأة وقضت شهوتها ثم اغتسلت وخرج منها مني الرجل أعادت لأن الظاهر اختلاط منيها معه ، والأصل عدم ذلك .

ومنها:لو رأى منياً في ثوبه أو فرشه « الذي[6] لا ينام » فيه غيره ولم يذكر احتلاماً فإنه يلزمه الغسل على الأصح مع أن الأصل عدم « الحدث »[7] .

فإن قلت « إنما »[8] وجب الغسل إحالة على ما ظهر من المني .

---

(١) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) «فيا» .

(٢) في (د) «شك لاح يعني الرد» (٣) في (ب) «فيها» .

(٤) في (د) «الى ما» .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) و (د) «الذي ينام»

(٧) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «الحنث» .

(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «اذا» .

قلت:وفي بول الحيوان كذلك مع أنه استثنى .

ومنها:إذا نام غير ممكن المقعدة من الأرض فإنه ينتقض الوضوء مع أن الأصل عدم خروج الريح .

ومنها:الهرة إذا تنجس فمها ثم غابت واحتمل زوال النجاسة فإن الأصح أنه لا ينجس ما لاقاه من ماء ومائع،مع أن الأصل بقاء نجاسة فمها وقد « رفعناه »[1] بالشك .

لا يقال لا يستثنى ، لأن الأصل الطهارة فيما بلغ فيه بعد ذلك ، لأنا نقول الغرض طرح يقين النجاسة فالشك اعتضد بأصل آخر وذلك لا يقدح في الاستثناء .

ومنها:لو وقعت نجاسة في ماء وشك هل هو قلتان أم لا فقد جزم جماعة بنجاسته اعمالاً للشك وطرح أصل الطهارة .

لا يقال أن القلة هي الأصل ، لأنا نقول الماء المشخص لا يعرف له أصل بقلة فكيف يدعى أن الأصل القلة ، لا جرم رجح النووي أنه طهور « فلا استثناء على طريقة من جزم »[2] .

ومنها:لو شك بعد فراغه من صوم يوم في الكفارة ، هل نوى فيه أم لا لم يؤثر على الصحيح ، كما نقله في زوائد الروضة عن الروياني ، مع أن الأصل أنه لم ينو وقضيته طرد مثل ذلك في الصلاة ، لكن البغوي صرح فيها بالتأثير .

ومنها:اقتدى بإمام فسلم من صلاته ثم شك هل كان نوى الاقتداء أم لا فلا شيء عليه وصلاته صحيحة مع أن الأصل عدم النية .

---

(١) في (د) « منعناه » .

(٢) في (ب) «فالاستثناء على طريقة من جزم» وفي (د) «فالاستثناء طريقة مرجوح» .

ومنها:من عليه فائتة « فشك »[1] في قضائها ، فإنه لا « يلزمه »[2] قضاؤها ، كما قاله ابن عبد السلام في مختصر النهاية في باب سجود السهو مع أن الأصل بقاؤها .

ومنها:إذا أكل من مال صديقه بغير إذنه وغلب على ظنه أنه لا يكره ذلك جاز مع أن الأصل التحريم .

ومنها:المفقود إذا مضت مدة يغلب على الظن أنه لا يعيش (فوقها)[3] يجتهد الحاكم « في الحكم »[4] بموته ويعطي ماله « لورثته »[5] مع أن الأصل الحياة .

ومنها:قَدّ ملفوفاً في ثوب نصفين ، وشك في حياته « وموته »[6] ، وادعى الضارب أنه كان ميتاً ولم يعلم له حياة قبل ذلك ، فمقتضى إطلاق من صحّح أن القول قول الولى للعمل بالشك وطرح الأصل وهو براءة الذمة وهو من مشكلات الفقه .

ومنها:الجرح الذي احتمل الزهوق « لغيره »[7] فإنه يجري الحكم عليه إحالة على السبب الظاهر وقد ذكره القفال في صورة بول الحيوان .

ومنها:جواز الإقدام على الحلف أن « لمورثه »[8] عند المدعى عليه كذا وهو لا يتحقق ذلك ، بل « بغلبة »[9] الظن « مما »[10] يجده « من خط مورثه الموثوق[11] به » ونحو ذلك مع أنه قد « يشك »[12] ، والأصل براءة ذمة المدعى عليه فقد أجيز له

---

(١) في (د) «شك» (٢) في (ب) «يلزم»
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) «ويحكم» (٥) في (د) «لمورثه»
(٦) في (ب) «أو موته» (٧) في (د) «كغيره»
(٨) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «لمورثي» .
(٩) في (د) «لغلبة» (١٠) في (ب) «بما» .
(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل «من خطأ نية الموقوف به» وفي (د) «من خط أبيه الموثوق به» .
(١٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) «شك» .

العمل بالشك المؤ يد بما « ذكره »[1] مع مخالفة الأصل المتيقن .

ومنها:الشك في عدد غسلات الوضوء عند الشيخ أبي محمد ، لئلا يرتكب الزائد وخالفه الأكثر .

ومنها:اقتصاص الوكيل في الغيبة يمنع منه على رأي لاحتمال العفو مع أن الأصل بقاء الوكالة ، لكن « لخطره »[2] عمل بالشك على رأي .

* الشـــلل *

هل هو موت أو تيبس ؟ قولان ، والأصح أن العضو الأشل تحله الحياة .

ويظهر أثر الخلاف في صور :

(إحداها)إذا كان في الشاة المذكاة عضو أشل هل يحل أكله إن قلنا موت لم يؤ كل ، لأن الذكاة لا تعمل في الميت ، « وإلا »[3] أكلت وهو الأصح .

(الثانية)لو مس بيد شلاء انتقض الوضوء إن قلنا الحياة تحلها وهو الأصح ، وإلا فلا ينتقض الوضوء بها ، كاليد المقطوعة ، وكذا لو « لمس »[4] ذكراً أشل ينقض في الأصح » ، كما لو « مسه »[5] مقطوعاً .

(الثالثة)لا يقطع العضو الصحيح بالأشل في الأصح »[6] ، وإن رضي الجاني .

قال الرافعي والشلل بطلان العمل ، ولا يشترط فيه ذهاب الحس والحركة وقال الشيخ أبو محمد الشلل ذهاب الحس والحركة .

* * *

---

(١) في (ب) «ذكر »

(٢) في (د) «يخطاوه »

(٣) في (د) «ولا »

(٤) في (د) «مس »

(٥) في (ب) « لمسه »

(٦) الكلام المشار الي في القوسين والذي يبدأ بكلمة «كما » وينتهي بكلمتي «في الأصح » ساقط من (د) .

* حرف الصـاد المهملـة *

* الصبي يتعلق به مباحث *

الأو ل :

بالنسبة « لأقواله »[1] وهي ملغاة فلا تصح عقـوده ، وفي وصيتـه وتدبـيره قول ، ولا يصح إسلامه ولا روايته مطلقاً على أصح القولين .

وقال المتولي وتابعـه النـووي في موضـع يقبـل فيما طريقـه المشاهـدة دون الإخبار ، كرؤ ية النجاسة ، ودلالة الأعمى على القبلة ، وخلو الموضع عن الماء وطلوع الفجر « والشمس »[2] وغروبها ، بخلاف ما طريقه الاجتهاد ، كالإفتاء والاخبار عما يتعلق بالطب ورواية الأحاديث والتنجيس عن غيره .

ويستثنى صور :
إحداها : اذنه في دخول الدار « وإيصال[3] الهدية » .

الثانية : إخباره بطلب صاحب الدعوة ، فإن المدعو تلزمه الإجابـة ، كما قاله الماوردي والروياني وشرطا أن يقع في قلبه صدق الصبي .

الثالثة : في اختياره أحد أبويه « في »[4] الحضانة إذا بلغ سن التمييز .

---

(١) في (د) «الى أقواله »
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «وايصاله هدية » وةف (د) «وايصال هدية » .
(٤) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وفي » .

وكذلك الخنثى « يختبر »[1] في سن التمييز بميله إلى أحد الجنسين يعتمد على وجه والأصح خلافه ، لأن « اختيار »[2] الخنثى لازم ولا حكم له قبل البلوغ كالولد يتداعاه اثنان لا يصح انتسابه قبل البلوغ ، والاختيار في الحضانة ليس بلازم .

الرابعة : دعواه استعجال الإنبات بالدواء نص عليه ، زاد ابن الصباغ والقاضي الحسين بيمينه لأجل حقن دمه ، بخلاف غيره إذا ادعى أنه صبي « فلا »[3] يحلف .

الخامسة : في إرساله لقضاء الحوائج المحقرات ، وقد نقل عن الجوري « حكاية »[4] الإجماع عليه وعلى صحة شرائه « لها »[5] ، وعليه عمل الناس ، بلا نكير .

السادسة « إخباره »[6] ببيع الشريك حصته من العقار إذا وقع في نفس الشريك صدقه ، حتى إذا أخر الأخذ بالشفعة لا يحل « له »[7] أخذها في الباطن قاله « في »[8] الحاوي ، قال وكذا خبر الكافر والفاسق فأما بالنسبة « إلى الظاهر »[9] فله الأخذ .

السابعة : عمده في العبادات ، كما لو تكلم في الصلاة بطلت أو سلم على أحد يجب عليه الرد .

---

(١) في (ب) «يخبر»
(٢) في (ب) « اخبار »
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «لا »
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٥) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «بها »
(٦) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «اختياره » .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٩) في (ب) «للظاهر »

« الثاني »[1] :

أفعاله وهو أنواع :

منها العبادات وهو فيها كالبالغ على المذهب .

ومن ثم يحكم على مائه بالاستعمال في الأصح وطهارته كاملة حتى لو توضأ في صغره ثم بلغ وصلى صحت صلاته ، وكذا لو وطئها زوجها قبل بلوغها فاغتسلت ثم بلغت فغسلها صحيح ولا تعيد .

وذكر المزنى في المنثور أن طهارة الصبي ناقصة فإذا بلغ فعليه الإعادة حكاه صاحب التتمة . وهذا في غير طهارة الحاجة ، أما لو تيمم ثم بلغ فليس له أن يصلي به فرضاً في الأصح في التحقيق وهو قياس المستحاضة إذا شفيت ، لأن طهارتها للحاجة ، وقد زالت الحاجة ، ولا يجمع بين مكتوبتين بتيمم واحد على المذهب قال الرافعي ، لأنه وإن لم يكن مكلفاً به لكن ما يؤديه حكمه حكم الفرض ، ألا ترى أنه ينوي « بصلاته »[2] « الفرضية »[3] قلت هذا فيه نزاع ، وقد حكى عن البيان أنه لا يجمع بين الصلاتين ولا يقصر ، لأن القصر إنما يكون في الفرائض ، قال ابن الاستاذ ، فعلى هذا يكون الظاهر هنا الجواز ، لأنهما نفلان .

قلت سيأتي عن العبادي ما يقتضي تجويز الجمع له .

ولو صلى ثم بلغ لم تجب عليه إعادة الصلاة على الصحيح ، وكذا لو جمع بين الصلاتين جمع تقديم قاله العبادي ، وفي وجوب نية الفرضية عليه خلاف « ترجيح «بين»[4] الرافعي والنووي ورجح النووي ، أنها لا تجب مع »[5] « موافقته »[6]

(١) في (د) «الثامنة »

(٢) في صلب النسخة (ب) «بالصلاة » وفي هامشها «بصلاته » وفوقها صح ، كما في الأصل و(د) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل «الفريضية » وفي (د) «الفريضة » .

(٤) في (د) «من »

(٥) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة «ترجيح » وينتهي بكلمة «مع » ساقط من الأصل ومذكور في (ب) و (د) .

(٦) في (د) «موافقة » وفي (ب) «موافقته » وساقطة من الأصل .

« الرافعي »[1] على أنه يجب عليه نية التبييت في صوم رمضان .

ولو دخل في صلاة لم يجز له أن يخرج منها ، ذكره في الكفاية عند كفارة المجامع ، وهو « يؤ يد »[2] ما سبق أن لصلاته حكم الفرض ، وحكى في موضع آخر وجهين أنه هل يجوز له صلاة الفرض قاعداً ويجوز اقتداء البالغ به نعم البالغ فيه أولى منه وإن كان الصبي أقرأ « أو أفقه »[3] ، كما قاله الرافعي للإجماع على صحة الإقتداء به ، بخلاف الصبي ، بل نص « الإمام »[4] الشافعي « رضي الله تعالى[5] عنه » في البويطي على كراهة إمامة الصبي ، نعم « لو »[6] أدرك الإمام في الركوع وكان الإمام صبياً « نص »[7] الروياني أنه لا يكون مدركاً للركعة ، لأنه لا يصح التحمل ، إلا لمن هو من أهل الكمال .

ولو استناب الولي في حج الفرض عن الميت صبياً لم يصح ، بل لا بد من البلوغ ، وقياسه كذلك في الصوم عنه .

ومنها الجنايات ، والأصح أن عمده عمد فتغلظ الدية عليه إذا قتل عمداً ويحرم ارث من « قتله »[8] إذا قلنا قاتل الخطأ يرث دون العامد.

ولو أحرم بالحج وجامع فسد حجه وعليه القضاء في الأصح . ولو وطىء أجنبية وقلنا عمده عمد فهو زنى ، إلا أنه لا حد فيه لعدم التكليف ، وإلا فكالوطء في الشبهة فيترتب عليه تحريم المصاهرة ، بخلاف ما إذا جعلناه زنى.

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٢) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «يرد »
(٣) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل «وأفقه »
(٤) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل «رضي الله عنه » ولم تذكر في (ب) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و (د) وساقطة من الأصل .
(٧) في (ب) «فعن » .
(٨) في (ب) «قتل »

ولو حج وباشر شيئاً من محظورات الإحرام كاللباس والطيب عمداً وجبت الفدية في ماله بناء على الأصح « أن »[1] عمده عمد .

« ولو »[2] حلق أو قلم أو قتل صيداً عمداً وقلنا عمد هذه الأفعال وسهوها « سواء »[3] وهو المذهب وجبت الفدية ، وإلا فهو كالطيب واللباس .

ويستثنى من هذا القسم جماعه في « نهار »[4] رمضان عمداً لا كفارة فيه على الأصح ، لأن حرمة الصوم في حقه ناقصة ، والفرق بينه وبين كفارة جماع المحرم ونحوه أنه اختلف في هذه المحظورات هل تجب في ماله أو مال الولي ، والأصح أنها في مال الولي ، فيكون فعل الصبي من خطاب الوضع « نصب »[5] سبباً للإيجاب من مال الولي .

ومنها الاكتساب وهو كالبالغ . ولهذا « يتملك »[6] الموات « بالاحياء والاصطياد »[7] ، قاله في الحاوي ويصح التقاطه في الأصح ، ويجوز السبي ويملكه ويتبعه في الإسلام ، كما حكاه الرافعي « رحمه الله تعالى »[8] في باب قسم الفيء والغنيمة .

وقال في الوليمة:لو أخذ الصبي « النِثَار »[9] ملكه .

---

(١) في (ب) «اذ»
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «سهوا»
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (د) «نصيب» .
(٦) في (د) «تملك»
(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «باحياء واصطياد»
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) .
(٩) ما ينثر في العرس من دراهم ونحوها .

ولو رد الآبق بعد « سماعه »[1] النداء « ففي استحقاقه »[2] الجعل وجهان من اختلاف كلام الماوردي على هذين الحالين .

ومنها وطؤه[3] المطلقة ثلاثاً ، كالبالغ في التحليل على المشهور ، إذا كان يتأتى منه الجماع فإن لم يكن فلا ، خلافاً للقفال .

ومثله لو كانت المطلقة ثلاثاً صغيرة ، فوطئها زوج حلت قطعاً ، ونقل في التي لا تشتهى وجهان كتحليل الصبي .

ومنها قبضه فلا يصح ، كما لا يصح القبض منه ، إلا في ثلاث صور :

« إحداها »[4] إذا خالع زوجته على طعام وأذن لها في صرفه إلى الولد فصرفته إليه عند حاجته « إليه »[5] « أنها »[6] تبرأ باتفاق الأصحاب كما قاله ابن الصباغ وأبدى لنفسه احتمالاً بالمنع .

الثانية:لو قال من له الوديعة للمودع سلمها للصبي ففعل برىء ، كما لو قال ألقها في النار ففعل ، حكاه الإمام عن الأئمة ، قال في المطلب وهو يقتضي أن البراءة وإن حصلت فالتسليم حرام كالإلقاء في النار ، وحينئذ لو امتنع المودع من دفعها إلى الصبي فتلفت لا يضمنها ، لأنه ممنوع منه شرعاً ، وعلل بعضهم الوديعة بكونها معينة والملك فيها مستقر وليست بمضمونة على من هي في يده ليخرج بذلك المبيع المعين . وقضية هذا أن المستعير والغاصب إذا سلما العين إلى الصبي بالإذن « أنه »[7] يكون في البراءة تردد من حيث ان الملك مستقر ، لكنه مضمون على من هو في يده ، ولذلك أبدى فيه احتمالين وقال الأشبه أنه يبرأ .

---

(١) في (د) « سماع » .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل « ففي إستحقاق » وفي (د) « بقي إستحقاق » .

(٣) في (د) « لوطئه » .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « أحدها » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إليها » .

(٦) في (ب) « فإنها » .

(٧) في (ب) و(د) « أن » .

الثالثة:لو دفع الزكاة إلى صبي ليدفعها إلى المستحق وعين « المدفوع[١] له » جاز ، بخلاف ما إذا لم يعين ، قاله البغوي في فتاويه .

وقياسه في الحقوق المعينة من الديون والوصايا كذلك ، لكن في فتاوى القاضي الحسين أن « البائع »[٢] ، لو دفع المبيع إلى الصبي بإذن المشتري لا تخرج العين من ضمانه ، ولو هلك في يد الصبي فهو من ضمان البائع ، لأن وكالة الصبي بالقبض فاسدة ، نعم ان أخذه المشتري وقع الموقع .

وهذا كله « في المميز ، أما غير المميز فهو مسلوب الأقوال والأفعال »[٣] ، إلا في طواف الحج والعمرة والوقوف والسعي إذا سبق إحرام الولي على الأصح .

« قاعدة »[٤]

الخلاف في أن عمد الصبي عمد أو خطأ ، والأصح « أنه عمد »[٥] هو في المميز فإن لم يكن فعمده خطأ قطعاً « وهذا في[٦] جنايته .

قال الإمام وأما عمد المميز فيما يتعلق بإفساد العبادات فعمد قطعاً »[٧] ، كالبالغ حتى لو تكلم في الصلاة أو أكل في الصوم عامداً « فسدا »[٨] قطعاً .

ويرد على الإمام صور :

منها:ما حكاه صاحب البحر أن الصبي إذا جامع لا تلزمه الكفارة بحال وهل

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « له المدفوع » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « البالغ » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « في غير المميز أما المميز فهو غير مسلوب الأقوال والأفعال » .
(٤) في (د) « فائدة » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أن عمده » .
(٦) في (ب) « في » وفي الأصل « ينافي » .
(٧) الكلام المشار إليه في القوسين ابتداء من كلمة « وهذا » وانتهاء بكلمة « قطعا » . ساقط من (د) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « فسد » .

يبطل صومه وجهان مبنيان على القولين في أن عمده عمد أو خطأ ، ولك أن تسأل عن الفرق بين أكله حيث يفسد الصوم قطعاً ، وفي جماعه « الوجهان »[١] ، وقد يفرق بأن شهوة الصبي الأكل « كشهوة »[٢] البالغ ، بل آكد ، ولا كذلك الجماع فإنه إنما أفطر البالغ ، لأنه مظنة الإنزال وهو مقصود الجماع ، وذلك لا يوجد في حق الصغير بمثابة المباشرة فيما دون الفرج إذا لم يتصل بها الإنزال ، لكن يلزم على هذا الفرق أن لا يسلك به مسلك الجماع في « الأحكام من »[٣] الغسل وغيره .

ومنها جماعه عمداً في الحج هل يفسد الحج وجهان مبنيان على ما « ذكرنا »[٤] ، والأصح أنه « يفسده »[٥] ، وإنما جرى فيه الخلاف ، لأن الوطء ملحق بالجنايات ، والخلاف فيها ثابت .

وقال صاحب الوافي الفرق بين الصلاة والحج حيث ان عمده في الصلاة قطعاً وفي الحج قولان مشكل ، إلا أن يقال القولان في الأفعال.

أما أقواله فعمده فيها عمد في العبادات قولاً واحداً ، وهو بعيد ، « قال »[٦] وقد فرق « صاحب التعليقة »[٧] فيما إذا طرأ الجنون على المصلى تبطل « صلاته »[٨] وعلى الحاج لا يبطله « فان »[٩] الصلاة شرطها الطهارة ويبطل بالجنون وضوؤه ، لأنه لا يمضي في فاسده ، ولأنه لا يعقد على الصبي صيام ويعقد عليه إحرام الحج .

---

(١) في (ب) و(د) « وجهان » .

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بشهوة » .

(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الأحكام والأصح من » .

(٤) في (د) « ذكر » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يفسد»

(٦) هذه الكلمة ساقطة من (ب).

(٧) هو الشيخ أبو حامد أحمد بن محمد بن أحمد الإسفراييني ـ ولد سنة أربع وأربعين وثلثمائة ، وتوفي في شوال سنة ست وأربعمائة ودفن بداره ـ من تصانيفه التعليقة فلذلك يقال له صاحب التعليقة انظر طبقات ابن السبكي حـ ٣ ص ٢٤ ، ٢٦ ـ طبقات الشيرازي ص ١٠٣ معجم البلدان حـ ١ ص ٢٢٩ ـ تهذيب الأسماء واللغات حـ ٢ ص ٢٠٨ ـ العبر حـ ٣ ص ٩٢ .

(٨) في (ب) و(د) « الصلاة » .

(٩) في (ب) و(د) « بأن » .

قال ، وإذا علم هذا فرقنا به هاهنا فنقول أمر الصلاة أقوى اعتباراً في بطلانه وفساده بدليل أنه اعتبر فيها شرط الطهارة ، وتبطل صلاته بحدثه ، فكذلك بأقواله العامدة فيها « وأفعاله »[١] .

فرع :

زنى بامرأة وعنده أنه ليس ببالغ فبان أنه كان بالغاً هل يلزمه الحد وجهان في البحـر .

* الصحة والجواز والإنعقـاد *

« في باب العقـود »[٢] بمعنـى واحـد ، فكل صحيح منعقـد وكل منعقـد صحيح .

وهو ما وافق الشرع أو « ما »[٣] أفاد حكمه ، وقيل المنعقد عبارة عن ارتباط الإيجـاب بالقبـول بحيث يمـكن أن يصحّـح وأن لا يصحّـح ، كبيع الفضـولى « فيعقد »[٤] عند قوم « له »[٥] بمعنى أنه إذا اتصـل به الإجـازة من المالك يصـح كالإيجاب قبل القبـول ، وألا فلا ، « وإنمـا »[٦] الصحـة اعتبـار « التصرف »[٧] جزماً ، وأما المعقود فهو عبارة عن انعقاد يؤثر في المحل « مثبتاً لحكمه »[٨] .

فإن قلت فقد قالوا انعقد فاسداً ، وغير صحيح فلا يستقيم أن يقـال كل منعقد صحيح .

قلت هو مجاز ، وأما عند إطلاق الإنعقاد فيصرف إلى الصحيح وعند إرادة

---

(١) في (د) وردت زيادة بعد هذه الكلمة فما جاء فيها هو « وأفعاله العامدة فيها وأفعاله » .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (ب) و(د) « منعقد » .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د) .
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « إنما » .
(٧) في (ب) « للتصرف » .
(٨) في (ب) و(د) « مبيناً لمحكمه » .

المجاز « فيقيد »[1] كقوله تعالى « فبشرهم بعذاب أليم »[2] ، ويطلق الجائز في مقابلة اللازم فاللازم ما « لا »[3] يقبل الفسخ أو ما « لا »[4] يمكن الغير إبطاله ، والجائز عكسه ، والفسخ حل ارتباط المعقود .

وأما في العبادات فنقل « الإمام »[5] في المحصول عن « الفقهاء »[6] أنهم فسّروا الصحة بمسقط القضاء وهو ينتقض بصلاة المتيمم في الحضر ، لعدم الماء والتيمم لشدة البرد ووضع الجبائر على غير طهارة وفاقد الطهورين فإنها صحيحة مع وجوب القضاء ، وأيضاً فالجمعة توصف بالصحة ولا يدخلها قضاء .

« وأما الصحة في العقود »[7] « فقيل »[8] استتباع الغاية وقيل ترتب الغرض المطلوب من الشيء على الشيء ، وإنما يوصف بها ما احتمل وجهين « يعني »[9] الصحة وعدمها ، وأما ما لا يحتمل إلا وجهاً واحداً فلا كرد الوديعة وفيه نظر ، « وقد يؤمر بما لا يوصف بالصحة تشبهاً »[10] ، كالمسك في رمضان وصلاة فاقد الطهورين ، ومن ذلك الرجعة فيما إذا جاءت امرأة من بلاد الهدنة مسلمة ، وقلنا

---

(١) في (ب) « يتقيد » وفي (د) « ينعقد » .

(٢) سورة آل عمران الآية رقم ٢١ وسورة التوبة الآية رقم ٣٤ ـ وسورة الانشقاق الآية رقم ٢٤ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) هو الإمام فخر الدين محمد بن عمر بن الحسين القرشي التيمي البكري الطبري الأصل الرازي المولد ولد بالري في الخامس عشر من شهر رمضان سنة أربع وأربعين وقيل ثلاث وأربعين وخمسمائة أخذ عن والده وعن الكمال السمناني وعن المجد الجيلي ـ من تصانيفه ـ المحصول في أصول الفقه والمعالم في أصول الفقه ـ والمعالم في أصول الدين وغيرها ـ توفي بهراة يوم الإثنين يوم عيد الفطر سنة ست وستمائة ودفن بجبل قرب هراة آخر النهار أنظر طبقات ابن السبكي حـ ٥ ص ٣٣ ـ طبقات الأسنوي حـ ٢ ص ٢٦٠ و٢٦١ ـ معجم المؤلفين حـ ١١ ص ٧٩ وغيرها .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « القفال » .

(٧) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وأما في الصحة في العقود » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٩) في (د) « بمعنى » .

(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل « وقد يوصف بما لا توصف الصحة تشبهاً »وفي (د) « وقد يومى بما لا يوصف بالصحة تشبهاً » .

يغرم « لزوجها »[1] الكافر المهر على القول المرجوح ، فلو كان قد طلق طلاقاً رجعياً لم يغرم له المهر حتى يراجع لتظهر رغبته . وهذه صورة رجعة لا لحقيقتها ، بل لمعنى آخر وهو ظهور « رغبته »[2] ليغرم له المهر وهي غير صحيحة ، لأن الكافر لا يراجع المسلمة ، وحكى الإمام أن المحققين خرجوا قولاً أنه لا « تعتبر »[3] رجعة ، لأنها غير صحيحة فلا معنى لاعتبارها .

وأما الردة « فان »[4] القياس « أنه »[5] لا توصف بالصحة كغيرها من المعاصي ، « لكنها »[6] لما حلت العقد العظيم وهو الإسلام وصفت بذلك فيقال تصح الردة من البالغ العاقل .

وقد اختلف الأصوليون في أن الصحة والحكم بها عقليان أو شرعيان وقد اختلف الأصحاب في أن العقود إذا أطلقت هل تحمل على الصحيح « أو الفاسد »[7] ، حكاه الرافعي في « كلامه[8] على » المسألة السريجية ، والأصح اختصاصها بالصحيح .

ولهذا لو حلف لا يبيع لا يحنث بالفاسد .

وأما العبادات فقال الرافعي في كتاب الأيمان سيأتي خلاف في أنها تحمل على الصحيح أولا ، كما إذا حلف لا يصلي ولا يصوم ، وقد استنكر ذلك منه ، ولا خلاف عندنا في اختصاصها بالصحيح ، وإنما الخلاف في العقود .

قلت والذي نقله الرافعي صحيح وممن حكاه صاحب الذخائر وغيره ، وقد أوضحته في خادم الرافعي .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « زوجها » .

(٢) في (د) « رغبة » .

(٣) في (د) « يعتد » .

(٤) في (ب) « فكان » .

(٥) في (ب) « أن » .

(٦) في (د) « لكونها » .

(٧) في (د) « والفاسد » .

(٨) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

* الصريح يتعلق به مباحث *

الأول :

في حقيقته :

اعلم أن ألفاظ العقود والفسوخ وما جرى مجراها تنقسم إلى صريح وكناية .

والضابط ، كما قاله الإمام أن ما ورد في الشرع أما أن يتكرر أو لا ، فإن تكرر حتى اشتهر كالبيع والعتق والطلاق فهو صريح ، وإن لم يَشِع في العادة ، فإن عرف الشرع « هو »[1] المتبع ، وعليه « بينا »[2] حمل الدراهم في الأقارير على النقرة الخالصة قطعاً ، وإن غلب العرف « بخلافها »[3] ، وعليه ألحقنا الفراق والسراح بصريح الطلاق لتكررها شرعاً ، وأما أن لا يتكرر ، بل « ذكر »[4] في الشرع مرة ولم يشع على لسان حملة الشرع كالمفاداة في الخلع في قوله تعالى « فلا جناح عليهما فيما افتدت به »[5] ، والفك في العتق في قوله تعالى « فك رقبة »[6] ، والإمساك في الرجعة في قوله تعالى « فأمسكوهن بمعروف »[7] « فوجهان »[8] أي والأصح التحاقه بالصريح في الكل .

« وأما »[9] ما لم يرد في الكتاب والسنة ، ولكن شاع في العرف كقوله لزوجته أنت على حرام فإنه لم يرد شرعاً في الطلاق « وشاع العرف »[10] في إرادته فوجهان « أي والأصح »[11] التحاقه بالكناية .

---

(١) في (د) « هل » .
(٢) في (ب) « بنينا » وساقطة من (د).
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بخلافه » .
(٤) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « ذكره » .
(٥) سورة البقرة الآية رقم ٢٢٩ .
(٦) سورة البلد الآية رقم ١٣
(٧) سورة البقرة الآية رقم ٢٣١ وأيضاً سورة الطلاق الآية رقم (٢).
(٨) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وجهان » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل [أما] .
(١٠) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « وشاع في العرف » .
(١١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والأضح أي » .

فإن قيل قطعتم بأن لفظ الخلع صريح على قول الفسخ فهو يخرم هذه القاعدة مع أنه لم يرد في « القرآن[1] العزيز » .

قيل الخلع جرى « على »[2] لسان حملة الشرع حتى كأنهم « مجبولون »[3] على « التلفظ »[4] به ، وإذا نطقوا رأوه الأصل ، بخلاف قوله أنت على حرام يتطرق إليه « البعيد »[5] كالنكاح فاعتمد فيه ما ورد في الشرع « هذا آخر كلام الإمام وهذا منه بناء على ما قاله في أول الباب أن لفظ الخلع لم يرد في الشرع »[6] وليس كذلك ففي قضية حبيبة جريان الخلع « وفي الترمذي عن ابن عباس أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة وقال حديث حسن »[7] ثم ان هذا التقسيم ناقص فكان ينبغي أن يزيد وما لم يرد على « لسان »[8] الشارع ، ولكن شاع على « ألسنة »[9] حملته وكان هو المقصود من العقد ففي كونه صريحاً وجهان والأصح صراحته . وهذا كلفظ التمليك في البيع والفسخ في الخلع ، لأنه المقصود فيهما فإذا استعمل فيه كان صريحاً فيه لكن يقدم في هذا « لفظ »[10] التحريم « والإبانة »[11] فإنهما مقصودًا

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل « القرآن » وفي (د) « القولين » .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « في » .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « محمولون » وساقطة من (د).
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .
(٥) في (ب) و(د) « التعبد».
(٦) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٧) نص ما ورد في الترمذي في هذا الشأن هو عن ابن عباس رضي الله عنهما أن امرأة ثابت بن قيس اختلعت من زوجها على عهد النبي صلى الله عليه وسلم فأمرها النبي صلى الله عليه وسلم أن تعتد بحيضة قال أبو عيسى هذا حديث حسن غريب انظر صحيح الترمذي جـ ٥ ص ١٦٠ ، ١٦١ وأيضاً انظر فتح الباري جـ ٩ ص ٣٢٥ إلى ص ٣٣٠ وابن ماجه جـ ١ ص ٦٦٣ و٦٦٤ والنسائي جـ ٦ ص ١٨٦ - المستدرك جـ ٢ ص ٢٠٦ وسنن الدارقطني جـ ٤ ص ٤٦ دار المحاسن للطباعة .
(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « السان » .
(٩) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « لسان » .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « اللفظ » .
(١١) في (د) « والإباحة » .

الطلاقِ مع أنهما كناية فيه . وقد أورد ابن الرفعة أيضاً قول ابن سريج أن قوله لا أجامعك كناية في الإيلاء مع شيوعه على لسان حملة الشرع ولفظ« المس »[1] متكرر في القرآن ، « وعلى »[2] لسان حملة الشرع لإرادة الجماع والجديد أنه كناية فيه ، وفي لفظ الإمساك في الرجعة وجهان « وهو »[3] مما « تكرر »[4] في القرآن .

الثـاني :

أن فيه معنى التعبد

ولهذا تكلموا في حصره في مواضع كالطلاق ونحوه ، ومن ثم لو عمّ في ناحية استعمال الطلاق في إرادة التخلص عن الوثاق ونحوه فخاطبها الزوج بالطلاق وقال أردت به ذلك لم يقبل كما سبق عن الإمام في أن الاصطلاح الخاص لا يرفع العام .

الثالــث :

أنه يصير كناية بالقرائن اللفظية .

فإذا قال أنت طالق من وثاق أو فارقتك بالجسم أو سرحتك من اليد أو إلى السوق لم « تطلق[5] » فان أول اللفظ« مرتبط »[6] بآخره ، «قال »[7] الإمام وهذا يضاهي الاستثناء .

قلت وهذا حكاه الماوردي عن الشافعي في صورة سؤال ، وهو أنه قدم

---

(١) في (د) « المبين » .
(٢) في (ب) « على » .
(٣) في (د) « وهما » .
(٤) في (د) « يتكرر » .
(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «يبطل».
(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « مرتبطاً » .
(٧) في (ب) « وقال » .

صريح الطلاق بقوله طلقتك ، فقد « يتعقبه »[1] ندم فيصله بقوله من وثاق وأجاب بأنه لا معنى لهذا التوهم ، لأن الكلام المتصل يتعلق الحكم بجميعه لا ببعضه « كقوله »[2] لا اله الا الله ، ولا يقال فيها انه نفى الاله أولا فخاف فاستدرك بالإثبات ثانياً .

وانبنى على هذا الأصل فرعان :

أحدهما: أنه إذا نوى بها الطلاق وقع ، لأنا جعلناها كناية ولا شك « أن في »[3] النكاح نوع وثاق ، ونوع يدهونوع اختلاط .

الثاني: اعتبار النية وبذلك صرح المتولي فقال « أما »[4] ، وقال الرافعي في « الأقوال »[5] اللفظ وإن كان صريحاً في التصديق ، فقد تنضم اليه قرائن تصرفه عن موضوعه إلى الاستهزاء كتحريك الرأس على شدة التعجب والإنكار ، قال ويشبه حمل قول الأصحاب فيما إذا قال له لي عليك ألف فقال صدقت أو نحوه على انتفاء القرينة فإن احتفت باللفظ القرائن المذكورة فلا تجعل إقراراً « ويأتي »[6] فيه « خلاف »[7] تعارض اللفظ والقرينة .

ومما يعارض هذه القاعدة أن السؤال لا يلحق الكناية بالصريح ، إلا في مسألة وهي ما لو قالت له زوجته واسمها فاطمة طلقني فقال طلقت فاطمة ، ثم قال نويت فاطمة أخرى طلقت ، ولا يقبل لدلالة الحال ، بخلاف ما لو قال ابتداء طلقت فاطمة ، ثم قال نويت أخرى حكاه الرافعي « في الشرح »[8] عن فتاوى القفال .

---

(١) في (د) « يعقبه » .
(٢) في (ب) و(د) « كقولك » .
(٣) في (ب) و(د) « في أن » .
(٤) يوجد بياض في الأصل و(ب) و(د) بعد هذه الكلمة يقدر بثلث سطر وهذا البياض رأيته في نسخ أخرى كنسخة الجامعة ونسخة (ل).
(٥) في (د) « الإقرار » .
(٦) في (ب) و(د) « أو يأتي » .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٨) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) وسقطتا من الأصل و(د).

الرابـــع :

الصريح لا يحتاج إلى نية ، وقد استشكل هذا بقولهم يشترط قصد حروف الطلاق لمعنى الطلاق ، وعلى هذا فلا فرق بين الصريح والكناية ، وقد تكلموا في وجه الجمع بكلام كثير ، وأقرب ما يقال فيه أن معنى « قولهم[1] الصريح » لا يحتاج إلى نية أي نية الإيقاع ، لأن اللفظ موضوع له فاستغنى عن النية ، أما قصد اللفظ « فيشترط »[2] لتخرج مسألة سبق اللسان ومن ها هنا يفترق الصريح والكناية ، فالصريح يشترط فيه أمر واحد وهو قصد اللفظ . والكناية يشترط فيها أمران قصد اللفظ ونية الإيقاع وينبغي أن يقال أن يقصد حروف الطلاق للمعنى الموضوع له ليخرج أنت طالق من وثاق .

الخامـــس :

الصرائـح تعمـل بنفسهـــا من غـــير استدعـــاء بلا خلاف إلا فيما إذا قيل للكافر قل أشهد أن لا إله إلا الله فقالها حكم بإسلامه بلا خلاف وإن قالها من غير استدعاء فوجهان حكاهما الماوردي في باب صلاة الجماعة أصحهما يحكم باسلامه ووجه المنع احتمال قصد الحكاية .

السادس :

كل ترجمة « نصبت على »[3] باب من أبواب الشريعة فالمشتق منها صريح بلا خلاف ، إلا في أبواب ففي بعضها لا تكفي على الأصح ، وفي بعضها تكفي على وجه .

---

(١) في (ب) « قولهم أن الصريح » .
(٢) في (ب) « فشرط» .
(٣) في (د) « نسبت إلى » .

الأولى: « الشركة »[1] لا يكفي « مجرد »[2] اشتركنا.

الثانية والثالثة: « المتيمم »[3] ، لو قال نويت التيمم لا يكفي ، بل لا بد من ذكر الفرض معه في الأصح ، وكذا الوضوء على وجه « صححه الشاشي »[4] ، لكن الأصح فيه الصحة .

الرابعة: الكتابة فبمجرد كاتبتك لا تصح حتى يقول وأنت حر إذا أديت .

الخامسة : التدبير على قول .

السادسة: الخلع .

« السابع »[5]

الصريح في « بابه »[6] إذا وجد نفاذاً في « موضعه »[7] لا يكون كناية في « غيره[8] ومعنى » وجد نفاذاً أي أمكن تنفيده، « كما عبر به الرافعي في الطلاق ، والمراد أمكن تنفيذه »[9] صريحاً . وهذا كالطلاق لا يكون ظهاراً « وفسخاً »[10] بالنية وبالعكس فلو قال وهبت منك ونوى الوصية لا تكون وصية في الأصح ، لأنه أمكن تنفيذه في موضوعه الصريح وهو التمليك الناجز .

ولو قال في الإجارة بعتك منفعتها لم تصح ، لأن البيع موضوع لملك الأعيان فلا يستعمل في المنافع ، كما لا ينعقد البيع بلفظ الإجارة .

ويستثنى صور :

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الشركاء » .

(٢) في (د) « بمجرد » .

(٣) في (د) « التيمم » .

(٤) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب) و(د) وسقطتا من الأصل .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « السابعة » .

(٦) في (د) « باب » .

(٧) في (ب) و(د) « موضوعة » .

(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « غيره موضوعة ومعنى » .

(٩) ما بين القوسين ساقط من (د).

(١٠) في (ب) و(د) « أو فسخا » .

إحداها:إذا جعلنا الخلع صريحاً في الفسخ هل يكون كناية في الطلاق حتى إذا نويا به الطلاق يكون طلاقاً ينقص به العدد وجهان أصحهما من حيث « النقل[1] يكون » طلاقاً .

الثانية : لو قال لزوجته أنت علي حرام « وعنى به »[2] الطلاق فإنه يقع مع أن لفظ التحريم صريح في إيجاب الكفارة ، فقد يعد كناية مع كونه وجد نفاذاً في موضوعه « وقد يجاب »[3] عن هذا بأن وجوب الكفارة به لا يختص بالنكاح ، بل يجري في ملك اليمين إذا قال لأمته أنت علي حرام ، وإذا لم يختص بالنكاح لم يبعد صرفه إلى حكم آخر من أحكام النكاح .

الثالثة : لو قال بعتك نفسك بكذا « وقالت »[4] اشتريت فكناية خلع .

الرابعة:قال السفيه لعبده اعتق نفسك فنص « الإمام »[5] الشافعي « رضي الله تعالى عنه »[6] في باب الكتابة من الأم أنه كناية في العتق إن نوى عتقه وقع مع أنه صريح في التفويض وقد جعله كناية في التنجيز .

الخامسة : لو قال مالي طالق فإن لم ينو الصدقة لم يلزمه شيء وأن نوى صدقة ماله فوجهان أصحهما يلزمه أن يقصد قربة.قال في البحر:وعلى هذا فهل يلزمه أن يتصدق بجميعه أو يتخير بين الصدقة وكفارة يمين واحدة؟وجهان .

السادسة : صرائح الطلاق كناية في العتق فلو قال لأمته أنت طالق ونوى العتق عتقت وعكسه ، قال البغوي في فتاويه ، ولو كان متزوجاً بأمته فوكل سيدها

---

(١) في (د) « النقل أنه يكون » .

(٢) في (ب) « ونوى به » وفي (د) « ونوى » وسقوط كلمة « به » .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل « قد يجاب » وفي (د) « وقد أجاب » .

(٤) في (د) « فقال » .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب).

في طلاقها فقال قد أعتقتك ونوى الطلاق وقع .

السابعة : أحاله بلفظ الحوالة ثم قال أردت بذلك التوكيل ، قال ابن سريج لا يقبل على القاعدة ، وقال الأكثرون يقبل ، لأنه أعرف بنيته .

الثامنة : لو راجع بلفظ النكاح « أو التزويج »[1] ، فالأصح أنه كناية « تنفذ »[2] بالنية لاشعاره بالمعنى.

التاسعة : قال لعبده وهبتك نفسك وأطلق فإنه يشترط القبول في المجلس فان نوى به العتق عتق في الحال .

العاشرة : إذا ثبت للزوج فسخ النكاح بعيب أو باسلامه على الأكثر من أربع نسوة فقال فسخت نكاحك وأطلق أو نواه حصل الفسخ وإن نوى الطلاق طلقت في الأصح .

الحادية عشرة : قال « أعرتك »[3] حماري « لتعير لي »[4] فرسك فإجارة فاسدة غير مضمونة . وهذا تصريح بأن الإعارة كناية في عقد الإجارة ، والفساد جاء من اشتراط « العارية »[5] في العقد.

* الصفة في المعرفة للتوضيح *

نحو زيد العالم ومنه « والصلاة الوسطى »[6] « ويسميه البيانيون »[7]

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « والتزويج » .
(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « بعقد » .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « أجرتك » .
(٤) في (ب) و(د) « لتعيرني »وفي المنهاج للنووي بشرح جلال الدين المحلي حاشية قليوبي وعميرة حـ ٣ ص ١٩ جاء هذا الفرع بتمامه كما يلي « ولو قال أعرتكه أي حماري مثلاً لتعلفه بعلفك أو لتعيرني فرسك فهو إجارة فاسدة توجب أجرة المثل أي بعد القبض مدة الإمساك وقيل هو إعارة فاسدة وهذا ناظر إلى اللفظ وفساده لذكر العوض والأول ناظر إلى المعنى وفساده لجهالة المدة والعلف » .
(٥) في (ب) « العقد » وفي (د) « العبارة » .
(٦) سورة البقرة الآية رقم ٢٣٨ .
(٧) في (د) « وتشبهه الناسبون » .

الصفة الفارقة .

وفي النكرة للتخصيص نحو مررت برجل فاضل .

ومنه « آيات محكمات »[1] ويعبر عنها أيضاً بالشرط ، لأن تخصيص الموصوف بتلك الصفة بمنزلة اشتراطه « فيه »[2] .

ويتفرع عليه ما لو قال إن ظاهرت من فلانة الأجنبية فأنت على كظهر أمي فخاطبها بالظهار لم يصر مظاهراً من الزوجة ، وإن نكحها وظاهر منها صار ، ويحمل قوله الأجنبية على التعريف لا الشرط ، « وقيل »[3] لا يصير مظاهراً وإن نكحها حملاً له على الشرط .

وقال الماوردي فيما إذا قال لحوامل متى ولدت واحدة منكن « فصواحبها »[4] طوالق أنه يراجع الزوج فإن أراد « بصواحبها »[5] الشرط تعين الثاني « أو التعريف »[6] فالأول قطعاً « وإن أطلق أو مات »[7] ولم تعرف إرادته حمل على التعريف ، لأن الشروط عقود ، لا تثبت بالاحتمال وعلى هذا ينبغي أن يكون الخلاف في صورة الظهار عند الإطلاق .

ولو قال لوكيله استوف ديني الذي « لي »[8] على فلان فمات فهل له أن يستوفيه من وارثه وجهان إن جعلنا « الصفة »[9] وهي قوله الذي على فلان للتعريف كان له استيفاؤه من الوارث وإن جعلناها للشرط فلا .

---

(١) سورة آل عمران الآية رقم ٧

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) و(د) وساقطة من الأصل .

(٣) في (د) « قيل » .

(٤) في (د) « فصواحبتها » .

(٥) في (د) « بصواحبتها » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « والتعريف » .

(٧) في (ب) « وإن مات أو أطلق » .

(٨) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) « الصيغة » .

تنبيـه :

« ما ذكرناه »[1] في الصفة الفارقة هو المشهور ، « وقال ابن الزملكاني »[2] في البرهان إذا دخلت الصفة على اسم الجنس المعرف باللام كانت للتخصيص لا للتوضيح ، لأن الحقيقة الكلية لو أريدت باسم الجنس من حيث هي « هي »[3] كان الوصف « بها نسخاً »[4] فتعين أن يكون معنياً بها الخاص ثم الصفة تأتي مبينة لمراد المتكلم .

ويتفرع على هذا ، لو قال والله لا أشرب الماء البارد فشرب الحار لم يحنث ، بخلاف ما لو قال لا كلمت زيداً الراكب فكلمه وهو ماش « يحنث »[5] إذ لم تفد الصفة فيه تقييداً .

* صفات الحقوق لا تفرد بالإسقاط *

ومن ثم لو أسقط من عليه الدين المؤجل الأجل هل يسقط حتى يتمكن المستحق من مطالبته في الحال وجهان أصحهما لا يسقط لأن الأجل صفة تابعة ، والصفة لا « تفرد »[6] « بالإسقاط »[7] .

---

(١) في (د) « ما ذكرنا » .

(٢) في (د) قال ابن الزملكاني وابن الزملكاني هو الشيخ كمال الدين محمد بن علي بن عبد الواحد بن عبد الكريم بن خلف الأنصاري المعروف بابن الزملكاني نسبة إلى زملكان وهي قرية بغوطة دمشق - ولد بدمشق في شوال سنة سبع وستين وستمائة - قرأ الأصول على الصفي الهندي والنحو على بدر الدين بن مالك - من تصانيفه البرهان في اعجاز القرآن وشرح قطعاً متفرقة من المنهاج للنووي توفي ببلبيس وهو في طريقه إلى مصر في السادس عشر من شهر رمضان سنة سبع وعشرين وسبعمائة وحمل إلى القاهرة ميتاً ودفن قريباً من قبر الإمام الشافعي انظر البداية والنهاية حـ ١٤ ص ١٣١ - ابن السبكي حـ ٥ ص ٢٥١ - الدرر الكامنة حـ ٤ ص ٧٤ شذرات الذهب حـ ٦ ص ٧٨ - كشف الظنون حـ ١ ص ٢٤١ .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) في (ب) « لها نسخاً » وفي (د) « لها فسخاً » .

(٥) في (ب) « حنث » .

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) « تفرض » .

(٧) في (د) « الاسقاط » .

ولو أن مستحق الحنطة الجيدة والدنانير الصحاح أسقط صفة الجودة أو الصحة لم تسقط « بالإسقاط »[1] ، ذكره الرافعي في باب المناهي.نعم قال الشيخ أبو محمد: إذا باع شيئاً بشرط الرهن والكفيل فلا يسقط بالإسقاط كالأجل والجمهور على خلافه.ويقرب منه إسقاط البائع حق العتق إذا جعلنا الحق له ، وجزم الرافعي بالسقوط وهذه « الصور »[2] لا ترد على هذه القاعدة، لأن شرطها أن لا يكون الوصف مما يفرد بالعقد كالرهن والكفيل ، والعتق بخلاف الأجل فإنه وصف لازم لا يمكن إنشاؤه بعقد مستقل .

وقضية هذا « أنه »[3] ، لو اشترى شاة بشرط أنها لبون وصححناه وهو الأصح أنه لو أسقط خياره إذا خرجت غير لبون أنه لا يسقط ، لأنه صفة لازمة .

* * *

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٢) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « الصورة » .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د).

* حرف الضاد المعجمة *

* الضرورات تبيح المحظورات *

ومن ثم أبيحت الميتة عند المخمصة واساغة اللقمة بالخمر لمن غص ولم يجد غيرها ، وأبيحت كلمة الكفر للمكره ، وكذلك اتلاف المال وكذلك أخذ مال الممتنع من الدين بغير اذنه اذا كان من جنسه ولو كان بكسر بابه .

ولو صال الصيد على محرم فقتله دفعا لا ضمان ، لأنه بالصيال التحق بالمؤذيات واذا عم الحرام قطرا بحيث لا يوجد فيه حلال إلا نادرا ، فانه يجوز استعمال ما يحتاج إليه ، ولا يقتصر على الضرورة ، قال الامام (ولا يتبسط فيه كما يتبسط)[1] في الحلال بل يقتصر على قدر الحاجة دون أكل الطيبات ونحوها مما هو كالتتمات ، قال ابن عبد السلام وصورة المسألة أن يتوقع معرفة الشخص في المستقبل ، أما عند الاياس فلا يتصور المسألة (كأنه)[2] حينئذ يكون المال للمصالح ، (لأن من)[3] جملة (أموال)[4] بيت المال ما جهل مالكه .

قال الشيخ أبو علي في كتاب الغصب من شرح التلخيص ومن اضطر إلى مال غيره وترك الأكل هل يعصى وجهان أحدهما نعم لأن عليه إحياء نفسه والثاني له أن يستسلم للهلاك ، كما لو قصد مسلم لقتله قال وهكذا الوجهان فيما لو احتاج لشرب الخمر للعطش ، ويجوز إتلاف شجر الكفار وبنائهم لحاجة القتال ، وكذا إتلاف الحيوان (الذين)[5] يقاتلون عليه لدفعهم أو (ظفر

---

(١) هكذا في (ب) وفي الاصل (ولا يبسط كما يبسط) وفي (د) (ولا ينبسط كما ينبسط) .

(٢) في (ب) ، (د) (لأنه .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (لامن) .

(٤) في (د) (مال)

(٥) في (ب) (الذي)

بهم)[1] ، ويجوز نبش الميت بعد دفنه للضرورة بأن دفن بلا غسل أو لغير القبلة أو في أرض أو ثوب مغصوب لا للتكفين في الأصح ، ولا ليدفن عليه آخر . ويجوز غصب الخيط لخياطة جرح حيوان محترم إذا لم يجد خيطا حلالا . هذا إذا كان الحيوان غير مأكول اللحم [2] فان كان فوجهان . والنجاسات إذا عمت البلوى بها يرتفع حكمها .

ومنه الماء الذي يسيل من فم النائم إذا حكمنا بنجاسته [3] وعمت (بلوى)[4] شخص به ، فالظاهر العفو ، قاله النووي قال : ولو عمت البلوى بذرق (الطير)[5] ، وتعذر الاحتراز منه عفى عنه كطين الشارع وتصح الصلاة معه .

وفي النكت للشيخ أبي إسحاق يعفى عن ذرق الطيور في المساجد . وحكاه عنه الرافعي في الشرح الصغير ذرق العصفور معفو عنه وهذا (تصرف)[6] بالعموم والخصوص فان الشيخ عم الطيور وخص المساجد ، والرافعي عكس النقل عنه (فخص)[7] العصفور وعم (العفو)[8] (وكالعفو)[9] عن أثر الاستنجاء وسلس البول .

ولو ولى الامام غير أهل نفذ قضاؤه للضرورة ، وألحقه الغزالي وغيره بقاضي أهل البغي ، ونازع فيه الشيخ زين الدين الكتاني (فان)[10] المنقول في

(١) في (د) ظفرهم)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (ب ، د) (بتنجيسه) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (البلوى) .
(٥) في (ب ، د) (الطيور) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل ، د (يعرف) .
(٧) في (ب) (فخصص)
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المعفو) .
(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والكمعفو) .
(١٠) في (ب) قال

قاضي أهل البغي التفصيل بين الأهل وغيره ، قال وليس هذا مما عمت به البلوى حتى (ينفذ)[1] ، ألا ترى أن بيع المعاطاة قد غلب في هذا الزمان .

ولو رفع الى حاكم لم يجز له تصحيحه ، لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضروزرة .

فائدة :

جعل بعضهم المراتب خمسة :

ضرورة ، وحاجة ، ومنفعة ، وزينة ، وفضول :

فالضرورة :

بلوغه حدا ان لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعا أوعريانا لمات أوتلف منه عضو . وهذا يبيح تناول المحرم .

والحاجة :

كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة ، وهذا لا يبيح المحرم .

وأما المنفعة :

فكالذي يشتهي خبز الحنطة ولحم الغنم ، (والطعام)[2] الدسم .

وأما الزينة :

فكالمشتهي (الحلو)[3] المتخذ من (اللوز والسكر)[4] والثوب المنسوج من

---

(١) في (ب ، د) (ينفذه) .
(٢) هكذا في (ب) وفي (د) وفي الأصل (ولطعام) .
(٣) في (د) الحلوى)
(٤) في (د) (لوز وسكر) .

حرير وكتان .

وأما الفضول :

(فهو)[1] التوسع بأكل الحرام أو الشبهة ، كمن يريد استعمال أواني الذهب أو شرب الخمر إذا علمت هذا فللقنوع مرتبتان :

(أحداهما)[2] يقنع بدفع الحاجة فلا يأكل إلا عند الجوع بقدر ما يدفعه ولا يميز بين دافع ودافع .

ودونها مرتبة من يقنع (باستيفاء)[3] المنفعة فيأكل الطيب ، ولكن لا يفرق بين صنف وصنف (فاذا)[4] إشتهى (الحلو)[5] إستوى عنده الدبس والسكر . واذا أراد اللبس استوى عنده القطن والصوف .

وأما من دونه وهو القنوع بسد الرمق الصابر على مضض الجوع وكان القانع يستر وجه الحاجة بستر خفيف ، كما أن (المقنعة)[6] تستر وجه لابسها بعض الستر ، ولا يقال لمن جلس خلف حائط من الشمس أنه تقنع بالحائط .

قاعدة :

* ما ابيح للضرورة يقدر بقدرها *

ومن ثم لا يأكل من الميتة إلا قدر سد الرمق ، فاذا استشير في خاطب ذكر مساوئه ، قال الغزالي في الاحياء فان اكتفى بالتعريض كقوله لا يصلح لك لم

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (وهو) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (أحدهما) .
(٣) في (ب ، د) (باستيفاء) (٤) في (ب ، د) (اذا) .
(٥) في (د) (الحلوى) .
(٦) في (د) (المنفعة)
(٧) هكذا في (ب) ، د) وفي الأصل (ما يبيح) .

يعدل إلى التصريح ، ويجوز أخذ نبات الحرم لعلف البهائم ، ولا يجوز أخذه لبيعه لمن يعلف .

ومثله الطعام في دار الحرب يؤخذ على (حسب)[1] الحاجة ، لأنه أبيح للضرورة ، ويعفى عن محل استجماره ، ولو حمل (مستجمرا (في الصلاة بطلت)[2] في الأظهر . ويعفى عن الطحلب في الماء ، فلو أخذ ودق وطرح فيه وغيره ضر . وقال القاضي الحسين ، لو كان عنده ثوب فيه دم براغيث (مستغنيا)[3] عن لبسه فلبسه فلا تصح صلاته. والماء الذي غسل به (النجاسة المعفو)[4] عنها مستعمل قطعا لزوال النجاسة .

قال القفال في فتاويه والمرأة إذا فصدها أجنبي عند فقد (امرأة)[5] أو محرم لم يجز (لها)[6] كشف جميع ساعدها ، بل عليها أن تلف على يدها ثوبا ولا تكشف إلا القدر الذي لا بد من كشفه[7] للفصد ، ولو زادت عليه عصت الله تعالى .

* الضرر لا يزال بالضرر *

كذا (أطلقوه)[8] واستدرك الشيخ زين الدين الكتاني فقال لا بد من النظر لأخفهما وأغلظهما انتهى .

---

(١) في (د) سبيل) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بطلت في الصلاة) .
(٣) هكذا في الاصل و(د) وصلب النسخة (ب) وفي هامش (ب) (يستغنى) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (نجاسة معفو) .
(٥) في (د) (المرأة) .ز
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٧) في (د) (كشفها) .
(٨) في (ب ، د) (اطلقوا) .

ولهذا لو كان له على شخص دين ومعه قدره فقط فانه (يؤخذ وان)[1] تضرر المديون .

ولو كان له عشر دار (لا)[2] يصلح للسكنى والباقي لآخر وطلب صاحب الأكثر القسمة أجيب في الأصح وان كان فيه ضرر شريكه .

ومن هذا ثبوت الشفعة في الشقص وينفذ تصرف المشتري موقوفا على إسقاط الشفعة .

ولو باعه شيئا وسلمه إلى المشتري فرهنه ثم أفلس فليس للبائع الرجوع في عين ماله ، لأن في ذلك إضراراً بالمرتهن [3] والضرر لا يزال بالضرر .

ولو اشترى أرضا (فغرس)[4] فيها أو بنى ، ثم أفلس فليس للبائع الرجوع فيها ويبقى الغراس والبناء للمفلس في الأظهر ، لأنه ينقص قيمتها ويضر بالمفلس والغرماء ، والضرر لا يزال (بالضرر)[5] .

ولو كانت المرأة ضيقة المحل والرجل كبير الآلة لا يمكنه وطؤها إلا بافضائها لم يُمكَّن من الوطء .

* الضمان *

أسباب الضمان أربعة :

عقد ، ويد ، واتلاف ، وحيلولة .

---

(١) في (د) (يؤخذ منه وان) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .
(٣)) في (د) (المرتهن)
(٤)) في (د) (يغرس)
(٥) في (ب ، د) (بمثله).

الأول :

العقد كالبيع والثمن المعين قبل القبض والسلم والاجارة ونحوها .

الثاني :

(اليد)[1] وهي ضربان :

يد غير مؤتمنة كيد الغاصب والمستام والمستعير والمشتري فاسدا ، (وكذلك)[2] الأجير على قول .

ويد أمانة كالوديعة والشركة والمضاربة والوكالة ونحوها إذا وقع منها التعدي صارت اليد يد ضمان فيضمن إذا تلفت بنفسها ، كما لو لم يكن مؤتمنا .

قال الجرجاني في التحرير الموجب لضمان المال خمسة :

أحدها : القبض للسوم.

الثاني : القبض عن البيع الفاسد .

الثالث : العارية .

الرابع : (الاتلافات)[3] بمباشرة أو (سبب)[4] .

الخامس : التعدي بالغصب أو (بالتصرف)[5] في الأمانة أو (بالتفريط)[6] في ردها انتهى .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (يد) .
(٢) في (ب ، د) (وكذا) .
(٣) في (د) (الاتلاف) .
(٤) في (ب) تسبب)
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التصرف) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالتوسط) .

وأما الأمانات الشرعية فانها تضمن بالتفويت وهل تضمن بالفوات فيه خلاف . والأصح المنع ، كما إذا خلص المحرم (الصيد)[1] من جارحه ليداويه فتلف (عنده أو أخذ الوديعة من صبي صيانة لها ليردها لوليه فتلفت)[2] في يده أو التقط ما لا يمتنع من صغار السباع للحفظ بناء على أن للآحاد ذلك وهو (الصحيح)[3] المنصوص .

ومثله لو أطارت الريح ثوبا إلى داره فأخذه ليرده لمالكه وغير ذلك . ويستثنى ما لو ظفر بغير جنس حقه ، وقلنا بالأصح أنه يبيعه بنفسه ويستوفي ذلك منه ، فلو تلف قبل تملكه ضمن ولو نقص ضمن نقصه وانما ضمن هنا وان كان مؤتمنا لتقصيره بالتأخير ، ولا يستثنى ما لو انتزع المغصوب من الغاصب ليرده على مالكه فتلف عنده يضمنه في الأصح بناء على الأصح أنه ليس للآحاد (الانتزاع)[4] فان القاضي نائب (الغائبين)[5] وليس هو بمؤتمن شرعا .

الثالث :

الاتلاف في النفس أو المال ، قال إمام الحرمين في البرهان ، وضمان الأموال مبني على (جبْر الفائت)[6] ، وضمان (النفس)[7] مبني على شفاء الغليل انتهى .

ويفترق ضمان الاتلاف واليد في أن ضمان الاتلاف يتعلق الحكم فيه (بالمباشرة)[8] دون السبب في الأظهر وضمان اليد متعلق بهما لوجوده في كل

---

(١) في (د) (صيدا)
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د)
(٣) في (ب ، د) (الأصح)
(٤) في (د) (انتزاعه) .
(٥) في (د) (المفلس) .
(٦) في (ب) (خبر الغائب)
(٧) في (ب) الأنفس .
(٨) هكذا في (د) وفي الأصل و (ب) بالمباشر .

منها ، (ثم عندنا)[1] أن ضمان اليد في مقابلة فوات يد المالك والملك باق لحاله ، لأنه لم يجر ناقل عن ملكه والفائت)[2] عليه هو اليد (والتصرف)[3] فيكون الضمان في مقابلة ما فات .

وعند الحنفية أن الضمان في مقابلة العين المغصوبة ، لأنها التي[4] وجب ردها ، فالضمان بدل عنها وبنوا (عليه)[5] فروعا :

منها:إذا غصب حنطة فطحنها أو ثوبا فخاطه أو شاة فذبحها لا يملك المغصوب بذلك وعندهم (يملك)[6] العين ، وينتقل حق المالك الى المثل أو القيمة .

ومنها:اذا ضمن بدل المغصوب ثم ظفر به المالك كان له ويرد الى الغاصب ما أخذه عندنا وعندهم يملك المغصوب بأداء الضمان حتى لو كان قريبه عتق عليه .

ومنها:أن الجناية الموجبة لقيمة العبد كقطع يديه ورجليه لا تقتضي ملك الجاني للعبد وعندهم تقتضي ذلك .

الرابع :

الحيلولة كما لو غصب عبدا فأبق أو ثوبا فضاع أو نقله الى بلد آخر فيغرم الغاصب (القيمة للحيلولة بين المالك وملكه ، كما يغرم لو ظفر به في غير بلد الغصب)[7] مع بقاء العبد ، وكما لو شهدوا بمال فرجعوا (فانهم)[8] يغرمون

(١) في (د) (ثم ان عندنا) . (٢) في (د) (والثابت)
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (والعرف) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و (د) والذي .
(٥) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (عليها) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ملك) .
(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) . (٨) في (ب) [فانه] .

للمحكوم عليه في الأظهر لحصول الحيلولة بشهادتهم والثاني لا لأن الضمان باليد أو (بالاتلاف)[1] ولم يوجد واحد منهما وأن أتوا بما يقتضي الفوات ! كمن حبس المالك عن ماشيته حتى ضاعت ، ومسائل الحيلولة سبقت في حرف الحاء .

وقال أبو بكر الصيرفي في كتاب الدلائل والاعلام:المضمونات ضربان :

احدهما : بالتعدي ومنه الجنايات والاتلافات .

والثاني : بالمراضاة كالبيوع والضمان ، والأول يستوى في ايجاب الضمان فيه العمد والخطأ ، لأن النسيان انما يسقط عن الانسان فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره فليس على غيره نسيانه وخطؤه ، ولولا ذلك لتداعى الناس (النسيان)[2] وتساقطت الحقوق الا أن العامد يغرم البدل وعليه الاثم والمخطىء لااثم عليه ، وكانت حرمة النفوس في ذلك أقوى من الأموال فوجب على القاتل خطأ الكفارة وما تحمله العاقلة عنه لأولياء المقتول من الدية ، وعلى القاتل المكافىء (عمدا)[3] القصاص ليكف عن القتل ويقع التحفظ (به)[4] ، قال (وأما القروض والعواري فانما صارت مضمونة وان سمح (بها)[5] صاحبها وأذن فيها لأن الآخذ أخذه لمنفعة نفسه بغير عوض ، والشيء الذي أبيح له هو المنفعة فلم يرتفع ضمان العين من أجل إباحة المنفعة ، قال والفرق بين الوديعة والعارية أن المودع إنما يده يد المودع فكان حكمه في اليد أقوى من حكم الوكيل الذي يأخذ الجعل على العمل بأمر الوكيل ومتى كانت اليد تخلف يد المالك فلا شيء عليه ، الا أن يتعدى وفارق المستأجر في ضمان العين لأخذه العوض على المنفعة ، ولا سبيل له الى الانتفاع ،

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الاتلاف) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) عمد) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

الا بأن يخلف المالك في اليد فلا يضمن الا بالتعدى وفارق صاحب الرهن ، لأن الوثيقة في العقد بأن يكون أحق من الغرماء والمنافع للمالك فلا ضمان .

قال ثم (ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى على أرباب المواشي حفظها بالليل)[1] ، لأنها لو أرسلت بالليل لم يكن (مانعا)[2] لها ، لأن الله (تعالى)[3] (جعل الليل سكنا)[4] لكل أحد ، ولو منعهم من ارسالها بالنهار لسقطت منافعهم في (الرعي)[5] والكلأ ، فاذا أرسلوا بالليل ضمنوا واذا أرسلوا بالنهار لم يضمنوا وكان التحفظ على أرباب الأموال .

ومن هذا من حفر بئرا في ملكه فدخل اليه داخل فسقط في البئر لم يضمن ، ومن حفر في ملك غيره ضمن ، ولو حفر في الصحراء لم يضمن ، وكذلك الدابة اذا « انقلبت ولا »[6] ضمان ، ومتى كان عليها سائق أو قائد فعليه حفظها في تلك الحالة .

قال والضابط أن (التعدي)[7] مضمون أبدا ، الا ما قام دليله وفعل المباح ساقط أبدا ، الا ما قام دليله ، والمتولد من (التعدي)[8] في حكم (التعدي)[9]

---

(١) هذا يشير الى حديث اخرجه ابن ماجه في سننه جـ٢ ص٧٨١ وهو عن ابن شهاب ان أبا محيصة الأنصاري أخبره أن ناقة للبراء كانت ضارية دخلت في حائط قوم فأفسدت فيه فكلم رسول الله صلى الله عليه وسلم فيها فقضى أن حفظ الأموال على أهلها بالنهار وعلى أهل المواشي ما أصابت مواشيهم بالليل . وفي سنن ابن ماجه رواية أخرى بمثل ذلك في نفس الصفحة والجزء وأيضا انظر المستدرك جـ٢ ص٤٧ ـ ٤٨ وسنن البيهقي جـ٨ ص٣٤١ و٣٤٢ .

(٢) في (ب ، د) (مانع)

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) ولم تذكر في الأصل .

(٤) جاء ذلك في قوله تعالى في سورة الأنعام الآية رقم ٩٦ وهي قوله تعالى (فالق الأصباح وجعل الليل سكنا والشمس والقمر حسبانا ذلك تقدير العزيز العلم) .

(٥) في (د) (المرعى)

(٦) في (ب ، د) (انفلتت فلا) .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدى) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدي) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (المتعدي) .

كالجراحة اذا سرت الى النفس .

قال وأما رد المضمون فأقسام :

الأول :

ما عينه موجودة فيكلف رده إلا أن يختار المالك خلافه .

الثاني :

ان تنقص العين فيردها وقيمة نقصها،ان لم يوجد مثل النقص كحنطة نقص منها جزء .

الثالث :

أن تفوت العين فيلزمه مثلها كالحنطة (والزيت)[1] لأن المثل موجود في نفسه ، ويسقط الاجتهاد في القيمة وما ليس له مثل أولا يمكن فعل المثل كشق ثوب رجل فلا يشق ثوب الآخر ، لأن ذلك فساد عليهما في الأموال ، وكل ما كان مثله من جنسه يتفاضل ولا يتحصل (فالرجوع)[2] الى القيمة كالاحراق بالنار والرمي بالشيء في البحر .

قال وأما الجنايات في النفوس فان المثل فيها معدوم فيعدل الى القيمة . ومنه الدية في الأحرار والقيمة في العبيد .

قال والمضمون في الجناية وغيرها ضربان :

ضرب (يتوقف)[3] (لا يتجاوزه)[4] كالخمس من الابل في الموضحة

---

(١) في (ب ، د) (والزبيب) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالرجوع) .
(٣) في (ب) (بتوقيف) وفي (د) (توقيف) .
(٤) في (ب) (لا يتجاوز) .

ونحوه ، وكذلك في الأموال كصاع المصراة .

وضرب يرد الى الاجتهاد والتقويم فيرد الى أهل (صناعته)[1] وأهل الخبرة والا لبطلت معرفته فاذا وجب أرش جرح (من)[2] حر أو عبد ولا توقيف فيه نظر فيه من جهة الأخيل والتمثيل فأجرى عليه والقول (بالتبخيت)[3] (فيه)[4] باطل انتهى .

واعلم أنه سيأتي في حرف الميم قواعد (مهمة)[5] (تتعلق بالمضمونات)[6].

وههنا أيضا قواعد تتعلق بالمضمونات :

الأولى :

هل تثبت يد الضمان مع ثبوت يد المالك (قال)[7] الأصحاب في باب الغصب لو أتلف مالا في يد مالكه ضمنه الا العبد المرتد والحيوان الصائل والمقاتل حرابة وما اذا لم يتمكن المنكر من اراقة الخمر ونحوه ، الا بكسر آنية وما اذا لم يتمكن (من)[8] دفع الصائل وقاطع الطريق ، الا بعقر جواده وكسر سلاحه وما يتلفه العادل على الباغي حالة الحرب وعكسه وما (يتلفه)[9] الحربيون علينا ،

---

(١) في (د) (الصناعة) .

(٢) في (ب) و (د) (في) .

(٣) هكذا في الأصل و(ب ، د) وفي نسخة (ل) التي رجعت اليها في بعض الكلمات التي أشكل فهمها على وجدتها (بالحل) .

(٤) في (د) (عليه) (٥) في (د) (مبهمة)

(٦) يلاحظ أن المؤلف ذكر في حرف الميم كما سيأتي هذا العنوان وهو (المضمونات) ثم ذكر تحته سبقت في حرف الضاد واكتفى بذلك فقطع مع أنه ذكر هنا أنه سيأتي في حرف الميم قواعد مهمة تتعلق بالمضمونات لكن يوجد في حرف الميم هاتان القاعدتان احداهما ما جاز الرهن به جاز ضمانه ومالا فلا والثانية المتولد من مضمون وغير مضمون فيه خلاف .

(٧) في (د) (وقال) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يتلف) .

والعبد في يد سيده على سيده أما لو (تلف)[1] فقد ذكروا في كتاب الاجارة أنه لو سخر دابة ومعها مالكها فتلفت لا (يضمنها)[2] .

وقالوا لو استولى على حر وعليه ثيابه لا يضمنه نعم ان كان سبب التلف من الأجنبي ضمن ، كما لو أكرى دابة لحمل مائة فحمل مائة وعشرة وتلفت بذلك وصاحبها معها ضمن قسط الزيادة على الصحيح وفي قول قيمتها .

ومنها الأجير المشترك اذا أتلف المال بحضور المالك لا (يضمن)[3] في الصحيح .

الثانية :

المضمون قسمان : ما يضمن بالتلف والاتلاف ، وما لا يضمن بالتلف ويضمن بالاتلاف .

فمن الاول:الزكاة اذا تلف المال قبل دفعها ضمنه ، وكذا الصيد في حق المحرم . ومن الثاني:العبد الجاني اذا أتلفه السيد أو أعتقه ضمنه ، ولو تلف لم يضمنه ولو نذر عتق عبد معين فمات قبل أن يعتقه لم يلزمه عتق غيره ، ولو أتلفه ضمنه . وكذا الأمانات الشرعية على ما سبق .

الثالثة :

اذا (وجبت)[4] قيمة المتلف اعتبر بمحل الاتلاف ، كما يعتبر في المتلفات بغالب نقد البلد الذي وقع فيه التلف والاتلاف ، الا في موضع واحد وهو ابل

---

(١) في (ب ، د) (تلفت) (٢) في (ب) (يضمن) .
(٣) في (د) (يضر) .
(٤) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (وجب) .

الدية فان المعتبر ابل بلد اقامة الجاني لا محل جنايته . ولهذا اعتبروا بلد العاقلة والعاقلة لا جناية منهم ، وإنما العبرة بمحل اقامتهم . ولهذا قال في المطلب ان ذلك خرج عن قياس القاعدة .

الرابعة :

قد يكون الفعل مباحا وهو مضمون ، لأنه إنما أبيح بشرط سلامة العاقبة ، وذلك في التعزير من الامام والمعلّم والزوج ونحوه وكذلك أكل المضطر طعام الغير يباح له ويضمن بدله وللمحرم ذبح الصيد للاضطرار ويضمنه .

ولو نصب ميزابا فتقصف من الخارج منه شيء وأتلف انسانا تجب الدية مع انه يباح له نصبه .

ولو أرسل سهما على حربي فأسلم ثم وقع السهم فقتله فانه تلزمه دية المسلم . ولو سقطت عليه جرة من سطح فكسرها ضمنها مع أن له دفعها . وقد يكون الفعل حراما ولا ضمان ، كقوله اقطع يدي فقطعها فلا شيء عليه ، وكذا لو قال اقتلني فقتله فلا قصاص (ولا دية .

ولو غصب شيئا مما يختص به [1] كجلد ميتة أو سرقين [2] فتلف في يده فلا ضمان[3]) مع أن فعله حرام .

ولو كان الفعل سببا للهلاك ، كما اذا فتح زقا فيه مائع فانصب ما فيه بالريح أو (فتح)[4] قفصا عن طائر فوقف ثم طار فان الفعل حرام ولا ضمان ، وكذلك لو وضع صبي في مسبعة فأكله سبع فلا ضمان .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (د) (سرجين)

(٣) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (ولا) وينتهي بكلمتي (فلا ضمان) ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

الخامسة :

ما وجب ضمانه قبل التسليم على أربعة أقسام :

أحدها : ما هو ضمان عقد (قطعا)[1] وهو ضمان العوض المعين في عقد المعارضة المحضة ، (كالمبيع)[2] والثمن المعين قبل القبض ، وكذلك السلم في رأس المال المعين ، وكذلك أجرة الاجارة المعينة وجعل الجعالة كان القياس أن يكون كالأجرة لكن ذكر الرافعي في مسألة (العلج)[3] قولين في أن جعل الجعالة المعين مضمون ضمان عقد أو ضمان يد كالصداق .

الثاني : ضمان يد قطعا ، كالمغصوب والمستعار والمستام والمشتري شراء فاسدا ولا خلاف فيه الا في صورة :

(وهي)[4] ما لو أصدقها قصاصا وجب له عليها ، فالأصح يضمن (بنصف)[5] الأرش على القاعدة ، وقيل بنصف مهر المثل .

الثالث : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان عقد كالصداق وبدل الخلع والصلح عن الدم والعتق على المنافع ، ومنه جعل الجعالة على طريقه .

الرابع : ما فيه خلاف ، والأصح أنه ضمان يد ، كمسألة العلج ، وصورته أن يقول الامام من دلني على قلعة فله (منها)[6] جارية (فاذا)[7] ماتت فهل يعطى قيمتها أو أجرة المثل قولان ، (الصحيح)[8] أنه يعطي القيمة . وهذا ترجيح لضمان اليد .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (كالبيع) .
(٣) في (د) (الصلح)
(٤) في (د) (هي) .
(٥) في (د) (نصف)
(٦) في (د) (فيها) .
(٧) في (ب) (واذا) .
(٨) في (د) (وليصحيح) .

والفرق بين ضمان العقد وضمان اليد أن ضمان العقد هو المضمون بما يقابله من العوض الذي اتفقا عليه (اذ)[1] جعل مقابله شرعا ، كالمبيع في يد البائع فانه مضمون بالثمن لو تلف لا بالبدل من المثل أو القيمة .

وكذلك المسلم فيه فانه لو فسخ أو انفسخ رجع الى رأس المال لا الى قيمة المسلم فيه .

وأما ضمان اليد فهو ما يضمن عند التلف بالبدل من مثل أو قيمة ، وذكر الرافعي في كتاب الصداق في ضمن تعليل (القديم)[2] في ضمان الصداق أنما لا ينفسخ العقد بتلفه في يد العاقد يكون مضمونا ضمان يد ، كما لو غصب البائع المبيع من المشتري بعد القبض يضمنه ضمان اليد ، وكذا النكاح لا ينفسخ بتلف الصداق ، فليكن مضمونا ضمان يد .

السادسة :

المضمون في الشريعة على خمسة أقسام :

الأول : أن يضمن بالبدلين المثل والقيمة جميعا . وذلك في الصيد المملوك اذا قتله المحرم أو الحلال في الحرم فانه يضمنه بالقيمة للمالك وبالمثل الصوري لحق الله تعالى ، وصورته في المحرم اذا استعار صيدا مملوكا من حلال وتلف عنده فان كان مغصوبا وتلف عنده بعد الاستعمال لزمه مع ذلك الأجرة فيزداد (وجه)[3] الضمان .

الثاني : ما يضمن بالقيمتين وذلك في صورتين :

---

(١) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) [أو] .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التقديم) .
(٣) في (ب ، د) (أوجه) .

أحداهما : اذا أتلف المحرم ما لامثل له من النعم كالعصافير المملوكة فتجب لله (تعالى)[1] ، وقيمته لمالكه .

الثانية : أن يغصب عبدا ثم يجني جناية على غيره وتكون الجناية مساوية لقيمة العبد ثم يتلف العبد عنده فيغرم قيمته لمالكه ، ويغرم للمجنى عليه قيمته ان كانت أقل من أرش الجناية ، وهو معنى قول الحاوي الصغير ، وضمن ثانيا ان أخذ (ما أخذ)[2] للجناية ، وليس لنا موضع يغرم فيه بدلان بالنسبة الى متلف واحد ، إلا في ثلاث صور: هاتان ،

والثالثة : اذا وطىء (زوجة)[3] أصله أو فرعه بشبهة فانه يغرم مهرين ان كان بعد الدخول ومهرا ونصفا ان كان قبله ، وقال الماوردي ايجاب بدلين مختلفين في (متلف)[4] واحد ممتنع ان كانا من جهة واحدة ، ولا يمتنع مع اختلاف جهة ضمانهما ، كالقتل يضمن ببدلين مختلفين الدية والكفارة .

قلت وكذا قتل العبد يضمن بالقيمة والكفارة ، واذا وطىء امرأة مكرهة وأفضاها لزمه الدية والمهر .

ولو جرح صيدا فأزال امتناعه واندمل الجرح لزمه جزاء (كامل)[5] في الأصح فلو جاء محرم آخر وقتله لزمه جزاءه زَمِناً وبقي الجزاء على الأول بحاله .

وقيل يلزم الأول قدر النقصان خاصة ، لأنه يبعد ايجاب جزائين لمتلف واحد .

الثالث : مالا يضمن بالمثل ولا بالقيمة وهو لبن المصراة اذا تلف فانه لا

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .
(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .
(٣) هكذا في (، د) وفي الأصل «زوجته» .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مثل)
(٥) في (د) : الكامل)

يضمنه اذا تلف (لا)[1] بمثله ولا بقيمته ، بل بالثمن ؛ ولا مالا يضمن [2] أصلا كحبة حنطة وزبيبة وتمرة لم يدخل في هذا الضابط ، لأنه ليس بمثلي ولا متقوم .

الرابع : ما يضمن بالقيمة دون المثل وهو المتقوم كالدور والعقار والحيوان والسلع والمنافع ، الا في صور :

(احداها)[3] جزاء الصيد .

الثانية:اذا اقترض متقوما فانه يرد (مثله)[4] صورة في الأصح ، (لأنه صلى الله عليه وسلم اقترض بكرا ورد بازلا)[5] ، وقيل القيمة وهو القياس .

الثالثة : اذا هدم جدار الغير فانه يجب عليه اعادته ، كما أجاب به النووى في فتاويه ونقل عن النص لقصة جريج ، وقيل أنه مذهب (الإمام[6]) الشافعي (رحمه الله)[7] وعليه العمل وبه الفتوى ، وقال امام الحرمين يلزمه أرش نقصه لا بناؤه ، لأنه ليس مثليا .

الرابعة : طم الأرض كما قاله الرافعي .

الخامسة : اذا ضمن عن غيره (حيوانا في الذمة)[8] وأعطاه للمضمون له فانه يرجع على المضمون عنه بالمثل الصوري دون القيمة .

السادسة : اذا أتلف رب المال الماشية كلها بعد الحول وقبل الاخراج فانه يضمن الشاة بشاة أخرى لا بقيمتها ، وإن قلنا أن الزكاة تتعلق بالعين تعلق

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (ولا ما يضمن) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (أحدها) .

(٤) في (د) (مثل) .

(٥) انظر فتح الباري جـ٥ ص٤٣ الى ٤٥ وصحيح مسلم بشرح النووي جـ١١ ص٣٦ و٣٧ و٣٨ والترمذي جـ٦ ص٥٦ و٥٧ و٥٨ ـ ابن ماجه ـ جـ٢ ص٧٦٧ ـ والسنن الكبرى للبيهقي جـ٥ ص٣٥٢ و٣٥٣ .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حيوانا ضمن في الذمة) .

(الشركة)[1] ، وأن الفقراء شركاء رب المال على الصحيح قال الرافعي في زكاة المعشرات ، وتابعه ابن الرفعة وعلله بأن اخراجه جائز مع بقاء المال (فتعين)[2] عند عدمه ، لأنه قائم مقامه ، بخلاف ما لو أتلفه أجنبي .

(الخامس)[3] ما يضمن بالمثل دون القيمة وهو المثلى كالنقدين والمكيلات والموزونات .

وهو ينقسم الى (مثلي)[4] صوري وتقديري .

والصوري ينقسم إلى حسي (ومعنوي)[5] .

والتقديري ما حصره كيل أو وزن وجاز السلم فيه .

وقد يضمن هذا النوع بالقيمة وذلك في صور :

(احداها)[6] :

عند (تعذر)[7] المثل والواجب قيمة المثل ، كما قاله الشيخ في التنبيه وقيل قيمة المغصوب.فان قيل قيمة المغصوب هي قيمة مثله ألا ترى أنا نقول (قيمة المثل ونعنى به قيمة الشيء قلنا لا (وصواب العبارة)[8] أنا اذا قومنا شيئا أن نقول)[9] قيمته لا قيمة مثله ، وإنما اختلفوا في الغصب .

الثانية :

(أن)[10] لا يوجد المثل ، إلا بأكثر من ثمن مثله ، فلا يلزمه تحصيله ،

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (شركه) .

(٢) في (د) (فيتعين) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السابعة) .

(٤) في (ب ، د) (مثل) .

(٥) في (ب ، د) (والى معنوي) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (احدها) .

(٧) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (تعدد) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الاصل (وهو أن صواب العبادة) .

(٩) الكلام المشار اليه في القوسين ابتداء بكلمة (قيمة) وانتهاء بكلمة (نقول) ساقط من (د) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د)

ويصير كالعدم على الأصح في زوائد الروضة .

الثالثة :

اذا ظفر به المالك في غير بلد التلف (وكان المغصوب مما يزداد بالانتقال فطالبه في مواضع الزيادة فلا يغرم المثل وله تغريمه قيمة بلد التلف)[1] .

الرابعة :

إذا كان للأصل قيمة حين الأخذ والمثل لا قيمة له عند الرد ويدخل فيه صور : منها:اذا غصب ماء (لوضوئه)[2] في المفازة وظفر به على الشط فان المطالبة هنا تكون بقيمة المفازة لا بالمثل لحقارته حينئذ ، فلو أخذ القيمة ثم اجتمعا بعد في موضع له قيمة كالمفازة فهل يجب (رد [3] القيمة واسترداد المثل وجهان في التتمة ان قلنا نعم فلا استثناء فان القيمة حينئذ للحيلولة .

ومنها:لو أطعم المضطر مثليا فانه مضمون بقيمته في المخمصة على المذهب .

ومنها:الماء المبذول (لطالبه)[4] في المفازة (يضمن بقيمته)[5] هناك .

ومنها:الجمد في الصيف كالماء في المفازة فاذا غصب جمدا في الصيف وتلف وظفر به في الشتاء فانه تجب قيمته معتبرا في الصيف .

ومنها:اذا غصب ورق التوت في أوانه وتلف ضمنه بمثله فاذا انقضى أوانه (ضمنه)[6] بقيمته أي لنقصان قيمته حينئذ قاله القاضي الحسين في فتاويه ، وفي المسكت للزبيري . لو كان معه ماء بارد في الصيف فوضع انسان فيه حجارة محماة

---

(١) ما بين القوسين مكرر في (د) .

(٢) في (د) (لوضوء) .

(٣) في (د) (رده)

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا (ب ، د) وفي الاصل (يبدل بقيمته) .

(٦) في (ب ، د) (ضمن)

حتى سخنته أو كان معه ماء سخنا في الشتاء فبرده عليه بصب ماء ونحوه ، (وحكى)[1] فيها اختلاف أجوبة ، والذي يظهر أنه يلزمه (أرش النقص ويقرب منه تسخين الماء بحطب وغيره أو حمى الوطيس فبرده عليه ، والظاهر أنه يلزمه أجرة مثله وهو)[2] أجرة ما يخبز ويشوي فيه من اللحم دون قيمة الحطب .

وفي فتاوى البغوى لو حمى الوطيس فجاء انسان فخبز فيه خبزا (لزمه)[3] أجرة المثل .

وقريب منه ما اذا (أفسدت)[4] المرأة طهارة الرجل أو بالعكس ، قال الرافعي في النفقات يجب ماء الوضوء على الزوج (وان)[5] كان هو اللامس . (وكذلك)[6] ثمن ماء الغسل من الوطء والولادة والنفاس ، وهذا بشرط أن يكون الولد منسوبا اليه فان نفاه باللعان لم يجب ، وعلى هذا فلو لمست (المرأة)[7] أجنبيا أو بالعكس وجب عليه ثمن ماء الوضوء .

الخامسة :

لحم الأضحية اذا أتلفه فانه يغرم قيمته ، كما صححه الرافعي في أنه مثلي .

السادسة :

الحلي أو آنية النقد اذا أتلفه لا يضمنه بمثله وإنما يضمنه مع صنعته بنقد البلد وان كان من جنسه (ولا ربا لاختصاصه)[8] بالعقود .

---

(١) في (ب ، د) (حكى)

(٢) ما بين والقوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) والا ان الكلمات الثلاث الأخيرة وهي (أجرة مثله وهو) ساقطة من (د) .

(٣) في (ب) (لزمته) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فسدت)

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ان) .

(٦) في (د) (وكذا) .

(٧) في (د) (امرأة) .

(٨) في (د) (ولاث بالاختصاصية)

السابعة :

المستعار اذا كان مثليا وقلنا يضمن (بقيمته)[1] يوم التلف ، كما هو الأصح مضمون بالقيمة ، (كما)[2] صرح به الماوردي وصاحب المهذب وغيرهما ووجهه أن المثلي ربما ينقص بالاستعمال فلو ضمنا المثل لكنا قد أوجبنا الأجزاء المستحقة ، لكن جزم ابن أبي عصرون في المرشد بوجوب المثل في المثلي ، وقال في (الانتصار)[3] أنه أصح الطريقين والطريق الثاني أنه يبنى على أن المتقدم تعتبر قيمته في أي وقت فان اعتبرنا قيمة يوم التلف ضمن (المثل)[4] بالقيمة ، وإن اعتبرنا الأكثر من النقص الى التلف ضمنه بالمثل ، فإن قيل ما صورة المستعار المثلي ؟

(قلت)[5] فيما إذا أعاره دراهم أو دنانير وجوزناه .

الثامنة[6] :

المستام .

التاسعة[7] :

المبيع المفسوخ لا يضمن بالمثل ، بل بالقيمة بلا خلاف قاله في البحر .

العاشرة[8] :

المبيع بيعا فاسدا على (ما أطلقه)[9] الرافعي وجوب القيمة ولم يفصل بين

---

(١) في (ب) (بقيمة)
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د)
(٣) في (د) (الاقتصار)
(٤) في (ب) (المثل) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثامنة) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (التاسعة) .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (العاشرة) هذا وقد ذكر في (ب) بهد التاسعة (المبيع المفسوخ) الى آخر الفرع وفي (د) ذكر بعد التاسعة (المبيع بيعا فاسدا) الى آخر الفرع وبذلك يتبين أن بين النسختين (ب ، د) اتفاقا في الترقيم واختلافا في الفروع من حيث التقديم والتأخير وأيضا نتبين أن بين الاصل وب اتفاقا في ذكر الفروع واختلافا في الترقيم .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (الحادية عشرة) .
(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (ما هو أطلقه) .

مثلي ومتقوم وبه صرح الماوردي ، قال لأنه لم يضمنه وقت النقص بالمثل وإنما ضمنه بالعوض ، بخلاف الغصب وطرد ذلك في المقبوض بالسوم والبيع الفاسد ، وكل عقد مفسوخ .

وهذا الذي قاله ضعيف نقلا وتوجيها :

أما التوجيه فلأن ضمانه بالعوض زال بالفسخ وصار كما لو (لم)[1] يرد عليه (عقد فاسد)[2] .

وأما النقل (فان)[3] (الامام)[4] الشافعي (رحمه الله)[5] نص في مواضع من الأم على وجوب المثل .

ومنها قوله لو اشترى ثمرة لم يبد صلاحها بشرط التبقية ، وقطع منها غصنا ان كان له مثل رد مثله ولا أعلم له مثلا وان لم يكن فقيمته .

الحادية عشر :

إذا جوزنا المعاملة بالمغشوشة فهي مثلية واذا تلفت لا يضمن (مثلها)[7] ، بل تضمن قيمة الدراهم (ذهبا)[8] وقيمة المغشوشة كذا نقله ابن الرفعة ، وهو يشبه قول الشيخ ابي حامد وغيره في الدعوى بها بذكر قيمتها من النقد الآخر .

السابعة :

قد يضمن (المثل)[8] الصوري بواسطة ، وهو ما إذا أتلف الشاة المنذورة

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٢) هكذا في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (عقدا فاسدا) .

(٤) في (ب) فبأن .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٦) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

(٧) في (د) (بمثلها) .

(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل (رهنا) وفي (د) (هنا) .

(٩) في (د) (المثل)





السابعة :

قد يضمن الانسان ما أتلفه من مال نفسه ، اما لتعلق حق الله (تعالى)[1] به أو حق الآدمي .

فمن الأول: المحرم إذا قتل صيد نفسه أو قطع شعر [2] نفسه أو حلقه والسيد إذا قتل عبده تجب فيه الكفارة . وكذا إذا قتل نفسه .

ومن الثاني: الراهن إذا أتلف المرهون يضمنه بالبدل ويكون رهنا مكانه وسيد العبد الجاني إذا قتله عليه أقل الأمرين من قيمته أو أرش جنايته ، وسيد الأمة المزوجة ، إذا قتلها قبل الدخول غرم مهر مثلها لزوجها على قول .

وقد يضمن غيره ما باشر هو إتلافه من ملكه ، كما لو قال ألق متاعك في البحر وعلي ضمانه أو أمره بعتق عبده أوطلاق زوجته على مال أو (أمره)[3] بقطع (ثوب)[4] ، فاذا هو للقاطع أو ذبح (حيوان)[5] فاذا هو للذابح (على المذهب)[6] بخلاف ما لو أكله على المذهب ، لأنه ذبح للغاصب ، (وذلك)[7] (انتفع)[8] بأكله .

ولو جنى العبد المغصوب على مالكه فقتله المالك للدفع لم يبرأ الغاصب سواء علم أنه عبده أم لا على الأصح ، (لأن الاتلاف)[9] بهذه الجهة كإتلاف العبد نفسه ، ولهذا لو كان العبد لغيره لم يضمنه .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الاصل و(ب) .
(٢) في (د) (شجر) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (أمر) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ثبها) .
(٥) في (د) (حيوانا)
(٦) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .
(٧) في (ب ، د) (وذاك) .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (امتنع) .
(٩) في (ب) (والاتلاف) وفي (د) (لأن على البائع الاتلاف) .

الثامنة :

سائر المتلفات تعتبر فيها قيمة المتلف إلا (في)[1] الصيد المثلى فانه تعتبر قيمة مثله ، واختلف في الغصب وفي الدية .

التاسعة :

ما ضمن كله بالقيمة عند التلف ضمن بعضه ببعضها ، كالغاصب ، وكما إذا تحالف البيعان والمبيع تالف فيغرمه فلو (وجد)[2] ، لكنه ناقص غرم الأرش في الأصح .

ولو ظهر مالك اللقطة وهي تالفة غرمها الملتقط أو ناقصة ضمن الأرش في الأصح لأن الكل مضمون عليه .

ويستثنى من القاعدة صور :

احداها : الشاة المعجلة (عن)[3] الزكاة فانها لو تلفت وخرج المالك عن كونه لا تجب عليه الزكاة بأن تلف ما له فانه يرجع على الفقير بقيمة الشاة وان تعيبت في يده ففي الأرش وجهان أصحهما لا .

الثانية : لو طلق قبل الدخول والصداق تالف فله بدله فلو كان معيبا فلا أرش له ان رجع في نصفه وان شاء رجع الى قيمة نصفه .

الثالثة : رد (البائع)[4] المبيع بالعيب ، وقد نقص الثمن في يد البائع فان شاء رجع (فيه)[5] ناقصا بلا أرش في وجه وان شاء رجع الى بدله والأصح أنه يتعين حقه فيه ناقصا من غير أرش ولا خيار قاله النووي في كتاب الزكاة والبيع .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يوجد) .

(٣) في (د) (من)

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٥) في (ب ، د) (منه)

الرابعة : رجع البائع في المبيع عند افلاس المشتري ووجده ناقصا بآفة سماوية أو باتلاف البائع وأراد الرجوع فيه فلا أرش له في الأولى قطعا ولا في الثانية على المذهب في الروضة .

الخامسة : القرض إذا تعيب في يد المقترض ثم رجع (المقرض)[1] فانه يتخير ان شاء رجع فيه ناقصا وان شاء رجع بمثله (ان)[2] كان مثليا ، كذا جزم به الماوردي ، وحكى فيما إذا كان الواجب رد القيمة خلاف ذلك .

وقريب منه نص (الشافعي (رحمه الله)[3] فيما لو تعييت العين المبيعة في يد المشتري من الغاصب وغرم ارشها لمالكها أنه يرجع (به)[4] على البائع ، ولو تلفت في يده وغرم قيمتها لم يرجع بها .

وزعم الامام انعكاس هذه القاعدة وهو أن كل مالا يضمن بالقيمة إذا أتلف لا يضمن (الجزء)[5] إذا أتلف كالبائع يتعيب المبيع بيده قبل القبض .

قلت:والمكاتب فان سيده لو قطع يده ضمنها ولو قتله لم يضمنه ، والجناية على بعضه كقطع يده ، وأيضا لو غرم المالك للعين المغصوبة مشتريها من الغاصب قيمتها (للتلف)[6] لم يرجع به على البائع وان (تعييت)[7] في يده فأخذها المالك مع الأرش رجع بالأرش على البائع قاله في الوسيط .

قال ابن الرفعة ، وهذا الأصل يستثنى منه مسائل :

---

(١) في (د) (المقترض).
(٢) في (د) (وان) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجزاء) .
(٦) في (د) (للمتلف) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الاصل و(د) (تعيب) .

واعلم أن الماوردي عبر عن هذه القاعدة في كتاب التفليس بقوله (من لم يضمن)[1] الشيء بقيمته لا يضمن أرش نقصه عند استحقاق العين من يده كالبائع لما ضمن المبيع للمشتري بثمنه دون قيمته لم يضمن أرش ما حدث من نقصه في يده ، وكما لو باع شيئا ولم يقبض ثمنه حتى حجر على المشتري بالفلس فوجده ناقصا بآفة فان رضي به فذاك ولا يرجع على المشتري بأرش نقصه لأن المشتري يضمنه بثمنه وأما من ضمن الشيء بقيمته فيضمن أرش ما حدث من النقصان في يده كالغاصب .

العاشرة :

إنما يضمن المتمول أما ما ليس بمتمول في الحال ، لكنه يؤول إلى المال فلا .

ولهذا لو قتل (رجل)[2] الأسير قبل أن يضرب الامام عليه الرق لم يضمنه ولا يقال إنه فوت الارقاق فهلا كان بمثابة تفويت الرق بالغرور والمغرور[3] (يلتزم القيمة كقطع الرق من الحر إن[4] قلنا ذاك الرق كان يجري لا محالة لولا الغرور فالمغرور)[5] دفع الرق الذي لا حاجة لتحصيله والرق لا يجري على الأسير من غير ضرب ، كذا قاله الإمام قال وأشبه الاشياء بما نحن فيه إتلاف الجلد القابل للدباغ قبل الدباغ فإنه لا يوجب الضمان مع تهيئه للدباغ ابتداءفإنشاء الدباغ كانشاء الارقاق . وهذا بخلاف الخمرة المحترمة فانها تضمن بالاتلاف على وجه ، لأنها لو تركت فإلى التخليل مصيرها .

* * *

(١) في (ب ، د) (من ضمن) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الاصل (رجلا) .
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل (الحران) وفي (د) (الحرفان) .
(٥) الكلام المشار اليه في القوسين والذي يبدأ بكلمة (يلتزم) وينتهي بكلمة (فالمغرور) ذكره الناسخ في (د) في صلب النسخة ثم أعاد ذكره مرة أخرى في الهامش وكتب بعده : صح .

* حرف الطاء المهملة *

* الطارىء هل ينزل منزله المقارن *

هو على أربعة أقسام :

الأول :

ما ينزل منزلته قطعا كما لو طرأ مؤيد تحريم على نكاح قطعه فلو نكح امرأة فوطئها أبوه أو ابنه بشبهه أو وطئ هو أمها (أو بنتها)[1] إنفسخ النكاح .

ولو ملك زوجته أو بعضها إنفسخ نكاحه وانما كانت موانع (النكاح)[2] تمنع في الابتداء والدوام لتأبدها واعتضادها بكون الأصل في الابضاع هو الحرمة ، وكذلك عيب النكاح إذا كان بالزوج وقارنه تخيرت الزوجة . وكذلك إذا حدث في دوام النكاح .

ومنه الحدث يمنع صحة إبتداء الصلاة والطواف ، فاذا طرأ عمده (عليهما قطعهما)[3] .

ومنه بلوغ الماء قلتين إذا وقعت فيه نجاسة ولم يتغير لم يؤثر . ولو تنجس القليل ثم بلغ قلتين اندفع حكم النجاسة بالكثرة في ثاني الحال كالابتداء .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (او ابنتها) وفي (د) (وبنتها) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (عليها قطعها) .

ومنه قصد الاستعمال (المباح في الحلى)[1] ، إذا قارن ابتداء (الصياغة)[2] أسقط الزكاة . وكذلك إذا طرأ هذا القصد بعد أن كان لمحرم فانه يسقطها أيضا .

الثاني :

ما لا ينزل منزلته قطعا ، كما لو أحرم المتزوج لم يمنع استمرار النكاح وان كان لو قارن ابتداءه منع . وكذلك العدة فاذا طرأت عدة الشبهة على منكوحة لم يبطل نكاحها وكذا خوف العنت يشترط في ابتداء نكاح الأمة ، واذا زال في أثنائه لم يقطعه ، واذا اشترى عرضا للقنية ، ثم نوى به التجارة في أثناء المدة لم ينعقد الحول عليه ، لأنه لم يقارن الشراء ، وكذلك طريان الاسلام لا يمنع دوام الشيء قطعا وان (منع)[3] إبتداءه.وتوقيت النكاح يمنع صحة ابتداءه ، واذا طرأ في أثنائه لم يمنعه بأن يقول أنت طالق بعد شهر أو سنة ، ورؤية الماء (مانعة)[4] من ابتداء الصلاة بالتيمم ، واذا رآه في أثنائها لم يبطلها ، إذا كانت الصلاة مما يسقط فرضها بالتيمم ووجدان الرقبة يمنع إجزاء التكفير بالصيام في الكفارة المرتبة ، واذا شرع في الصوم لعدمها ثم وجدها لم تمنع من (دوامه واجزائه)[5] . والاباق يمنع صحة عقد الرهن إذا قارنه (فلو)[6] رهن عبدا فابق لم يبطل رهنه ، والذي لا يصح جعله رهنا إبتداء ويصح أن يكون مرهونا في ثاني الحال ، كما إذا أتلف المرهون أجنبي ووجبت قيمته في ذمته فانها تصير رهنا مكانه . ولو وقف وشرط النظر للأفضل من أولاده فتصرف أفضلهم ثم حدث من هو أفضل (منه)[7] لم يكن له النظر قطع به الماوردي .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (في الحلي المباح) .
(٢) في (د) (الصيانة) .
(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (امتنع) .
(٤) في صلب النسخة (ب) (تمنع) وفي هامشها (مانعة) كما في الأصل و(د) .
(٥) في (د) (كرايه واجرايه)
(٦) في (ب) و(د) (ولو) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

الثالث :

ما فيه خلاف والأصح تنزيله منزلته ، كالاستعمال في الماء تدفعه الكثرة ابتداء وهل تدفعه في الدوام إذا بلغ قلتين وجهان ، والأصح أنه يعود طهورا ، وكما لو أحرم ثم ارتد (والعياذ بالله)[1] فالأصح بطلان نسكه ، كما لو أحرم مرتدا .

ولو أنشأ السفر مباحا ثم (صرفه)[2] إلى معصية لم يترخص (في الأصح)[3] فجعلوا طارىء المعصية كالمقارن في الأصح .

ومثله لو أنشأ السفر بمعصية ثم تاب وغير قصده فقال الأكثرون (يكون)[4] إبتداء سفره)[5] من ذلك الموضع فان كان منه إلى مقصده مسافة القصر ترخص والا فلا . والصيد لا يصح من المحرم ابتداء تملكه واذا أحرم وهو في ملكه زال (ملكه عنه)[6] ولزمه إرساله في الأصح .

ولو وجد الزوج بالمرأة أحد العيوب الخمسة تخير ، ولو حدث بها في الدوام فكذلك في الأصح (كالابتداء)[7] .

ولو وجد عين ماله عند المفلس وكان حالا يرجع فيه ولو كان مؤجلا وحل في أثناء الحال فكذا في الأصح والعدد في الجمعة شرط في الابتداء قطعا . وكذلك في الدوام في الأصح ، حتى لو انفضوا في أثناء ذلك أتمها ظهرا .

---

(١) هذه الجملة ذكرت في (ب) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أنشأه) .
(٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من من الأصل و(د) .
(٥) في (د) (ابتدأ بسفره)
(٦) في (ب ، د) (عنه ملكه)
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

الرابع :

ما فيه خلاف والأصح (أنه لا)[1] ينزل منزلته .

فمنه:وجود الحرة مانع من ابتداء نكاح الأمة ، فلو نكح أمة لعدم الحرة ثم أيسر أو نكح عليها حرة لم ينفسخ نكاح الأمة على الصحيح لقوة الدوام ، وكذا لو نكح الأب جارية أجنبي حيث يجوز له نكاح الأمة ثم ملكها ابنه والأب بحيث لا يجوز له ابتداء نكاح الأمة لم ينفسخ النكاح في الأصح ، لقوة الدوام .

ومنه:لو تيمم ثم وقع عليه نجاسة لم يبطل تيممه على المذهب قاله في الروضة، وقال المتولي والروياني يبطل كما لو كانت النجاسة عليه قبل التيمم فانها تمنع تيممه الحاقا للطارىء بالمقارن وقياسا على (الردة لخروجه)[2] عن أن يكون من أهل الاباحة وفيه نظر ، لأن الردة معصية بخلاف وقوع النجاسة وقد عد الأصحاب مبطلات التيمم ولم يذكروا (فيها هذا)[3] . ولو ثبت له دين على عبد غيره ثم تملكه (فهل)[4] يسقط الدين وجهان أحدهما نعم ، كما لا يثبت له على عبده دين ابتداء ، وأصحهما يبقى كما كان ، لأن (للدوام)[5] من الثمرة ما ليس للابتداء ذكره الرافعي في فصل نكاح العبد والأمة ، لكن ذكر في الشرح الصغير في باب الرهن أنه لو جنى المرهون على طرف من يرثه السيد (كابنه)[6] ثبت المال فان مات قبل الاستيفاء وورثه السيد فوجهان أصحهما أنه يسقط كما انتقل إليه ولا يجوز أن يثبت له على عبده استدامة الدين ، كما لا يجوز ابتدلؤه .

---

(١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ، د) وسقطتا من الأصل . وفي هامشه : لعله سقط « عدم » .
(٢) في (د) (الرد بخروجه)
(٣) في (ب ، د) (هذا فيهما) .
(٤) في (د) (هل) .
(٥) في (د) (الدوام) .
(٦) في (ب) كأبيه ـ وفي (د) كاتبه .

ولو قتل ذمي ذميا ثم أسلم القاتل ثم مات ولي « دم »[1] المقتول (وورثه)[2] ذمي فالصحيح وجوب القصاص لهذا الوارث وان كان انتقل إليه بعد إسلام القاتل لأن ذلك في حكم الدوام (بالارث)[3] .

* الطهارة *

تثبت بالتبعية في ثلاث صور :

أحداها[4] :

إذا غلت الخمرة في الدن ثم سكنت وانقلبت خلا ، فالمكان الذي (ارتفع)[5] إليه الخمر يحكم بطهارته تبعا وعلى هذا لوصب الخل من أي موضع شاء من الدن لا يضر مروره في الموضع الذي ارتفع إليه الخمر .

الثانية :

باطن الدن يحكم بطهارته تبعا للخل .

الثالثة :

القليل من الشعر إذا بقي على جلد الميتة (بعد)[6] الدباغ .

* * *

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الدم) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل (وريثه) وفي (ب) (أو ورثه) .
(٣) في (ب ، د) (والارث) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (احدها) .
(٥) في (ب) (ارتفعت) .
(٦) في (د) (من) .

* حرف الظـاء المعجمـة *

* ظهور (امارات)[1] الشيء هل تنزل منزلة تحققه *

(لو)[1] ظهرت أمارات الإفلاس ، فإن لم يكن كسوباً وهو ينفق من ماله أو لم يف كسبه بنفقته فوجهان أصحهما عند العراقيين أنه لا يحجر عليه ، لأن الوفاء حاصل وهم (يتمكنون)[3] من المطالبة في الحال ، ورجح الإمام مقابله .

ومنها:لو ظهر على السفيه أمارات (التبذير)[4] حجر عليه ذكره المحاملي في التجريد ، واقتضى كلامه أنه لا خلاف فيه .

ومنها:لو علم المسلم قبل المحِل بانقطاع المسلم فيه عند الحلول فهل يثبت الفسخ وجهان (أصحهما المنع)[5] .

ومنها:لو توسم (الوالد)[6] المعضوب من (ابنه)[7] الطاعة فهل يلزمه الأمر وجهان أصحهما نعم لحصول الاستطاعة .

ومنها:لو (ولى)[8] شخص للقضاء فهل يحرم عليه قبول الهدية ممن لم تجر

---

(١) في (ب) (أمارة) .　　(٢) في (د) (ولو) .

(٣) في (د) (متمكنون) .

(٤) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (التدبير) .

(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل (أصحهما نعم) وفي (د) (أصحهما نعم لحصول الاستطاعة .

(٦) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (الولد) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أبيه) .

(٨) في (ب) (ترشح) وفي (د) (توشح) .

عادته ، كان بعض من أدركنا يبدي (فيها)[1] تردداً عمن لقي من الفقهاء ولا يخفى (مأخذه مما)[2] ذكرنا .

ومنها (ظهرت)[3] أمارات نشوز (المرأة)[4] لم يترتب عليه (حكمه)[5] حتى يتحقق .

ومنها لو (بدت)[6] تباشير الهداية على الكافر فابتدر فاغتسل ثم أقبل وأسلم في الحال ، وقلنا لا يصح غسله في حال كفره صح هنا على أحد احتمالي الإمام.

* الظن *

إذا كان كاذباً فلا أثر له ولا عبرة بالظن البينٍّ خطؤه .

ولهذا لو ظن (المكلف)[7] في الواجب الموسع أنه لا يعيش إلى آخره (تضيّق)[8] عليه ، فلو لم يفعله ثم عاش وفعله فأداء على الصحيح . ولو ظن أنه متطهر فصلى ثم تبين له الحدث أو ظن دخول الوقت (فصلى ثم)[9] تبين أنه (صلى)[10] قبل الوقت أو طهارة الماء فتوضأ (به)[11] ثم تبين نجاسته ، أو صلى خلف من يظنه مسلماً فأخلف ظنه (أو دفع)[12] الزكاة من مال يظنه له فتبين أنه لغيره أو ظن بقاء الليل في الصوم فتسحر أو غروب الشمس فأفطر ثم تبين خلافه لم يؤثر (أي الظن)[13] .

---

(١) في (د) (فيه) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مأخذ ما) .

(٣) في (ب) (ظهر) وفي (د) (طرأ)

(٤) في (ب) (الزوجة) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حكم) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (تبدت) .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) في (د) (فضيق) .

(٩) في (ب ، د) (فصلى به ثم) .

(١٠) (ب،د) (صادف) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(١٢) في (د) (فدفع) .

(١٣) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .

ومنه إذا أنفق على البائن (الحائل)[1] ظانا حملها (ثم تبين)[2] خلافه فإنه (يسترده)[3] ، وشبهه الرافعي بما إذا ظن أن عليه ديناً فأداه (ثم بان)[4] خلافه وما إذا أنفق على ظن (إعساره لمدة)[5] ثم بان يساره .

ولو سرق دنانير ظنها فلوساً قطع . (وهذا)[6] بخلاف ما لو سرق مالاً يظنه ملكه أو ملك (أبيه)[7] فلا قطع (كما)[8] لو وطىء امرأة يظنها زوجته أو أمته . والفرق بينهما مشكل فإنهم اعتبروا في الأولى ما في نفس الأمر لا ما في ظنه وعكسوا في الأخرى .

ويستثنى صور :

منها : لو صلى خلف من يظنه متطهراً فبان حدثه تصح صلاته .

ولو رأى المتيمم المسافر ركبا فظن أن معهم ماء فإن تيممه يبطل وإن لم يكن معهم ماء لتوجه الطلب عليه .

ولو خاطب (امرأته)[9] بالطلاق يظن أنها أجنبية فكانت زوجته نفذ الطلاق ولا أثر لظنه الخطأ ، وكذا لو (أعتق)[10] عبداً يظنه لغيره فكان له .

واعلم أن القادر على اليقين هل له أن يأخذ بالظن ينظر إن كان مما (يعتد)[11] فيه بالقطع لم يجز قطعاً كالمجتهد القادر على النص لا يجتهد ، وكذا إن

---

(١) في (د) (الحامل) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فتبين) .

(٣) في (ب ، د) (يسترد) .

(٤) هكذا في (ب ، د وفي الأصل (ثم مات فبان) .

(٥) في (ب) (إعسار ولده) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وهو) .

(٧) في (ب ، د) (ابنه) .

(٨) في (د) (وكما) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (إمرأة) .

(١٠) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (عتق) .

(١١) هكذا في (د) وفي الأصل و(بـ) (تعبد) .

كان بمكة لا يجتهد في القبلة .

ولو استقبل المصلي (حِجر)[1] الكعبة وحده دون البيت وصلى لم تصح (صلاته)[2] ، وإن جعلناه من البيت ، لأن كونه من البيت ظنى ، وإن كان لم يتعبد فيه به جاز ، كالاجتهاد بين الطاهر والنجس من الثياب والأواني مع القدرة على طاهر بيقين في الأصح .

ولو اجتهد في دخول الوقت جازت الصلاة مع تمكنه من علمه في الأصح .

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في الأصل و(ب) وهامش (د) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

* حرف العـــين المهملــة *

* (العادة)[1] فيها مباحـث *

(الأول)[2] :

أنها تُحكَّم فيما لا ضبط له شرعاً ، وعليه اعتمد الشافعي (رحمه الله)[3] في أقل (سن)[4] الحيض والبلوغ ، وفي قدر الحيض والنفاس أقل وأكثر وغالب ، وكذلك في إحراز المال المسروق ، وفي ضابط القليل والكثير في الضبة من الفضة والذهب ، وفي قصر الزمان وطوله عند موالاة الوضوء ، وفي البناء على الصلاة ، وفي الاستئناف (وكثرة)[5] الأفعال (المنافية)[6] للصلاة ، وفي التأخير المانع من الرد بالعيب ، وفي الشرب وسقي الدواب من الجداول ، والأنهار المملوكة المجرى إذا كان لا يضير مالكها، إقامةً (للعـرف)[7] مقـام الأذن اللفظـي ، وكذا الثمار الساقطة من الأشجار المملوكة ، وفي عدم رد ظرف الهدية إذا لم تجر العادة به وما جهل حاله في الوزن والكيل في عهد النبي صلى الله عليه وسلم رجع فيه إلى عادة بلد البيع في الأصح .

نعم لم يعتبرها (الإمام)[8] الشافعي (رحمه الله)[9] في صورتين :

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د).
(٢) في (د) (العادة) .
(٣) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب)
(٤) في (د) (سنين) .
(٥) في (ب ،) (وفي كثرة) .
(٦) في (د) (النافية) .
(٧) في (د) (العرف) .
(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

احداهما : استصناع الصناع (الذين)[1] جرت عادتهم بأنهم لا يعملون إلا (بالأجرة)[2] ، فقال الشافعي (رحمه الله عنه)[3] إذا لم (يجر)[4] من المستصنع استئجار لهم لا يستحقون شيئاً .

الثانية : عدم صحة البيع بالمعاطاة على المنصوص ، وإن جرت العادة بعدّه (بيعاً)[5] ، وإن كان المختار خلافه في الصورتين .

تنبيـــه :

قال الإمام في باب المسابقة نقل الأئمة (تردداً)[6] (للشافعي)[7] (رحمه الله)[8] في أن المتبع القياس أو العادة التي تجري بين الرماة وهو مشكل فان القياس حجة (في الشرع فإن كانت العادة موافقة)[9] لموجب (الشرع فلا معنى للتردد والمتبع الشرع وقياسه.وإن كان للرماة عادة يناقضها)[10] القياس الشرعي فلا معنى لاتباع عادتهم ، فالوجه القطع بالتعلق بالحجة الشرعية ، وقال الصيدلاني أراد الشافعي عادة الفقهاء .

الثاني :

بماذا تستقر العادة ؟

اعلم أن مادة العادة تقتضي تكرر الشيء وعوده (تكرراً)[11] كثيراً يخرج عن

---

(١) في (د) (الذي) .
(٢) في (ب) ، د) (بأجرة) .
(٣) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب ، د) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يجد) .
(٥) في (ب ، د) (بفعله) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تردد) .
(٧) في (د) (الشافعي) .
(٨) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).
(٩) في (د) (في الشرع وقياسه وان كان موافقة) .
(١٠) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب،د) .
(١١) هكذا في (ب ، د) (وفي الأصل (تكراراً) .

كونه وقع بطريق الاتفاق وإلى هذا أشار القاضي (أبو بكر الأصولي)[1] وغيره وقالوا الإنسان إذا تعسر فأخذ السقمونيا (فأسهلته)[2] ثم أخذه مرة أخرى وهكذا وقع العلم عنده بأنه متى شربها (أسهلته)[3] وهي عندهم تفيد العلم (الضروري)[4] .

ولهذا كان خرق العوائد عندهم لا يجوز إلا معجزة لنبي أو كرامة لولي . وأما عند الفقهاء فيختلف الأمر بحسب ذلك الشيء .

فمنها العادة في وجود أقل الطهر إذا خالفت العادة المعتادة وإنما يثبت بثلاث متوالية على المذهب المنصوص في الأم إذ قال: لو علمنا أن (طهر المرأة)[5] أقل من خمسة عشر (يوماً)[6] قبلنا قولها في ذلك ، وذلك بأحد أمرين : (أما)[7] أن يتكرر طهر المرأة مراراً متوالية أقلها ثلاث مرات من غير مرض ، (فان تفرق)[5] ولم يتوال لم (يصر)[8] عادة،أو يوجد مرة واحدة من (جماعة)[9] نساء أقلهن (ثلاث)[10] .

---

(١) هو القاضي أبو بكر محمد بن جعفر البغدادي المعروف بالدقاق نسبة إلى الدقيق لأنه عمله وبيعه ويلقب بخباط ولد لعشر خلون من جمادى الآخرة سنة ست وثلثمائة وقيل سنة سبع وتوفي يوم الأربعاء الثامن والعشرين من شهر رمضان سنة اثنتين وتسعين وثلثمائة ـ انظر طبقات الشيرازي ص ١٨ ـ النجوم الزاهرة جـ ٤ ص ٢٠٦ ـ تاريخ بغداد جـ ٣ ص ٢٢٩ ـ الوافي بالوفيات جـ ١ ص ١١٦ .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (فأسهله) .

(٣) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (أسهله) .

(٤) في (د) (الصوري) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل (إمرأة طهر) وفي (ب) (طهر امرأة) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب،د) وساقطة من الأصل .

(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٨) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (إن كان يفرق) .

(٩) في صلب النسخة (ب) (يصح (وفي هامشها (يصر) كما في الأصل و(د) .

(١٠) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (جماعات) .

(١١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (ثلاثاً) .

وحكى الروياني في باب العدد وجهاً أنها تثبت بمرتين (وقال)[1] ولا يختلف المذهب في أنها لا تثبت بمرة .

ومنها الاستحاضة وهي على أربعة أقسام :

أحدها : ما يثبت بالمرة قطعاً وهي أصل الاستحاضة في المبتدأة إذا فاتحها الدم الأسود خمسة أيام (مثلاً ثم تغير)[2] إلى الضعيف فلا تغتسل ولا تصلي بل تتربص فلعل الضعيف ينقطع دون الخمسة عشر فيكون الكل حيضاً ، فإن (جاوز)[3] الخمسة عشر تداركت ما فات (فان)[4] كان في الشهر الثاني ، فكما انقلب الدم إلى الضعيف تغتسل (إذ)[5] بان استحاضتها في الشهر الأول ، والاستحاضة علة مزمنة فالظاهر (انها إذا وقعت دامت)[6] .

ثانيها : ما (تثبت)[7] بمرة على الأصح وهو الحيض والطهر في المعتادة التي سبق لها حيض وطهر فترد إليهما قدراً ووقتاً وتثبت العادة بمرة في الأصح.

وقيل لا بد من مرتين ، وقيل لا بد من ثلاث ، وإنما جرى الخلاف هنا ، لأن استقرار الحيض بمرة (لا يوثق به فقيل لا بد فيه من التكرار) .

ثالثها : (ما لا يثبت بالمرة)[8] ولا بالمرات المتكررة قطعاً وهي إذا انقطع دمها فرأت يوماً دماً ويوماً نقاء واستمرت بها الأدوار هكذا ، وقلنا بقول اللقط فأطبق الدم على لون واحد فانا لا نلتقط لها (نظير)[9] أيام الدم قطعاً ، وإنما (نحيضها)[10] من أول الدم على الولاء ما كنا (نجعله)[11] حيضاً بالتلفيق حتى لو

---

(١) في (د) (قال) .
(٢) في (د) (ولاء ثم لغيره) .
(٣) في (د) (جاوزت) .
(٤) في (ب،د) (فإذا) .
(٥) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (إذا) .
(٦) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (إذا وقعت دامت أنها) .
(٧) في (د) (ثبت) .
(٨) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٩) في (د) (نظر) .
(١٠) في (د) (حيضها) .
(١١) في (د) (نحيله) .

كنا نلتقط (لها)[1] خمسة أيام مثلاً من خمسة عشر يوماً ثم أطبق الدم (فنحيضها)[2] خمسة ولاء من أول[3] الدم المطبق .

قال الامام وللإحتمال فيه مجال ، وكذا لو ولدت مراراً ولم تر نفاساً ثم ولدت وأطبق الدم وجاوز ستين يوماً فإن عدم النفاس لا (يصير)[4] عادة لها بلا خلاف ، بل (هذه)[5] مبتدأة في النفاس .

رابعها : ما لا تثبت بمرة ولا مرات على الأصح وهو التوقف بسبب تقطع الدم إذا كانت ترى يوماً دماً ويوماً نقاء فإن الانقطاع الثاني والثالث وما بعده إلى آخر الخمسة عشر لا يتخرج على الخلاف في ثبوت العادة بالمرة وهي (الانقطاع)[6] الأول بل تؤمر بما تؤمر به (الطاهرات بمجرد)[7] الانقطاع ، بخلاف الشهر الثاني فإنه يتخرج على الخلاف ، لأن الشهر الأول قد (أثبت)[8] عادة في الانقطاع .

ومنها اختبار الصبي قبل البلوغ بالمماكسة في البيع والشراء يكون بمرتين فصاعداً حتى يغلب على الظن رشده .

ومنها اختبار الجارحة في الصيد لا بد من تكرار يغلب على الظن حصول (التعلم)[9] ، وقيل يشترط ثلاث ، وقيل (يكتفى)[10] بمرتين .

---

(١) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (بها).
(٢) في (د) (فحيضها) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب،د) وساقطة من الأصل .
(٤) في (د) يضرها .
(٥) هكذا في (ب، د) (وفي الأصل هي) .
(٦) في (د) (الإيقاع) .
(٧) في (د) (الطاهر ان تجرد) .
(٨) في (د) (أثبتت) .
(٩) هكذا في (ب،د) (وفي الأصل (العلم) .
(١٠)هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (يكفي) .

ومنها القائف هل يشترط بثلاث او يكتفي بمرتين (رجح)[1] الشيخ أبو حامد وأتباعه الأول ، وقال الإمام لا بد من تكرار يغلب على الظن أنه عارف .

الثالث :

العادة إذا اطردت ينزل اللفظ في العقود عليها ، وإذا اضطربت لم تعتبر ووجب البيان ، (وإذا)[2] تعارضت الظنون في اعتبارها فخلاف . وهذا الأصل ذكره الإمام في باب بيع الأصول والثمار ، فقال كل ما يتضح فيه اضطراد العادة فهو (المحكم)[3] ومضمره (كالمذكور)[4] صريحاً ، وكل ما يعارض الظنون بعض التعارض في حكم العادة فيه فهو مثار الخلاف انتهى .

فإذا باع بدراهم وأطلق (ينزل)[5] على النقد الغالب ، ولو اضطربت العادة في البلد فاطلاق الدراهم فاسد ، بل لو غلبت المعاملة بجنس من العروض أو بنوع منه (انصرف)[6] الثمن إليه عند الإطلاق في الأصح ، كالنقد .

ولو استأجر للخياطة أو النسخ أو الكحل ، ففي وجوب الخيط (والحبر)[7] والكحل على من خلاف . قال النووي: وصحح الرافعي في الشرح (الصغير)[8] الرجوع فيه إلى العادة فإن اضطربت وجب البيان وإلا فتبطل الاجارة .

ومن هذا الوكيل في البيع المطلق يتقيد بثمن المثل وغالب نقد البلد والاذن في النكاح بمهر المثل ، وفي بيع الثمرة التي بدا صلاحها (يجب) (إبقاؤها)[9] إلى

(١) في (د) (ورجح) . (٢) في (د) (وإن) .
(٣) في (د) (الحكم) .
(٤) في (د) (كالذكور) .
(٥) في (ب،د) (نزل) .
(٦) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (ليصرف) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب،د) وساقطة من الأصل .
(٨) هذه الكلمة ساقطة من (ب،د) (٩) هكذا في (ب) وفي الأصل (بقاؤها).

أوان القطاف والتمكن من السقي بمائه[1] عملاً بالعرف ينزل منزلة الشرط باللفظ ، وكذلك الرجوع إليها في ألفاظ الواقف والموصى ، وكذلك في ألفاظ الايمان التي تختلف (عادة)[2] الناس في المحلوف عليه ، كما في مسألة الرؤوس ونحوه .

ومن أتلف لغيره شيئاً متقوماً لزمه قيمته بنقد البلد .

ومن ملك خمساً من الإبل لزمه شاة من غالب شياه البلد ، والفدية في الحج وجزاء الصيد والكفارة كذلك، وابل الدية في مال الجاني وعلى العاقلة تجب من غالب البلد أو من أغلبها كذلك .

ولو أذن الإمام للحربي في الدخول لدار الإسلام بلا شرط فهل يأخذ منه العشر حملاً للمطلق على المعهود أم لا لعدم الشرط وجهان أصحهما في الوجيز الثاني .

الرابع :

العادة المطردة في ناحية نزلها القفال منزلة الشرط فقال إذا عم الناس اعتياد إباحة منافع الرهن للمرتهن فاطراد العادة فيه (بمثابة شرط عقد في عقد حتى يفسد الرهن وجعل الاصطلاح الخاص)[3] بمثابة العادة العامة ولم يساعده الجمهور فيها . ولو جرت عادة أن المقترض يرد أزيد مما اقترض ، فقيل لا يجوز إقراضه ويجري مجرى الشرط والأصح خلافه ، إلا أنه إذا قصد ذلك للعادة الجارية ففي كراهته وجهان ، وكذا لو جرت عادة قوم بقطع الحصرم قبل النضج فهل تنزل عادتهم منزلة الشرط حتى يصح بيعه من غير شرط القطع وجهان أصحهما لا وقال القفال نعم ، وكذا بيع العينة بأن يشتري شيئاً مؤجلاً بأقل مما باعه نقداً إذا صار

---

(١) ما بين القوسين ابتداء من كلمة (يجب) وانتهاء بكلمة (بماءها) ساقط من (د) .

(٢) في (ب) (عادات) .

(٣) ما بين القوسين ساقط من (د) .

ذلك عادة (وقال)[١] الأستاذ أبو اسحاق والشيخ أبو محمد يبطل العقدان جميعاً والأصح المنع ، لكن يكره .

قال الإمام ومما يتعلق بما نحن فيه أن الشيء إذا فرض ندوره في قطر ثم تصور اطراده ، والحكم بالعادة ففيه خلاف .

(ومنه)[٢] (منشأ)[٣] اختلافهم في (كثرة)[٤] دم البراغيث في بعض (الصقاع)[٥] في حكم العفو عن النجاسة .

ويستثنى من هذه القاعدة صور :

منها ما لو بارز كافر مسلماً وشرط الأمان فلا يجوز للمسلمين إعانة المسلم وإن لم يشرط ذلك ، ولكن اطرد عادة المبارزة بالأمان ، ففي كونه كالمشروط (وجهان والذي أورده الروياني في جمع الجوامع أنه كالمشروط)[٦] قاله الرافعي في السير ، وقال في المطلب عليه اقتصر الماوردي وابن الصباغ والبندنيجي ، وحكوه عن نص الشافعي (رحمه الله)[٧] .

ومنها أمر السلطان ذي السطوة وعادته أن يسطو بمن يخالفه يقوم (مقام)[٨] التوعد (نطقاً)[٩] ونازل منزلة الإكراه في الأصح المنصوص ، كما قاله القاضي

---

(١) في (ب) (قال) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب،د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (د) وفي الأصل (ومنشأ) وفي (ب) (ينشأ) .
(٤) في (ب،د) (كثير) .
(٥) قال في القاموس جـ ٣ ص ٥٢ ط . الثانية:الصقع بالضم الناحية وقال في المصباح جـ ١ ص ١٢٥ ط . الثالثة:الصقع الناحية من البلاد والجهة أيضاً والمحلة وهو في صقع بني فلان أي في ناحيتهم ومحلتهم .
(٦) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب،د) .
(٧) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب،د) وساقطة من الأصل .
(٩) في (د) (قطعا) .

الحسين حتى يأتي في (وجوب)[1] القصاص على مأموره (إذا علم أنه)[2] مبطل القولان في المكره ، وفي أمر غيره إذا كان يخاف منه ذلك طريقان :

أحداهما[3] :

على الوجهين والثانية على القطع بأنه ليس (باكراه)[4] فيجب عليه القود جزماً حكاهما في المطلب.

الخامس :

العادة إنما (تقيد)[5] اللفظ المطلق إذا تعلق بإنشاء أمر في الحال دون ما يقع (اخباراً)[6] عن متقدم فلا (يقيده)[7] العرف المتأخر ، وقد أشار إلى ذلك الرافعي في باب الخلع فقال العادة الغالبة إنما تؤثر في المعاملات لكثرة وقوعها ورغبة الناس فيما يروج في (البقعة)[8] غالباً ، ولا يؤثر في التعليق والإقرار بل يبقى اللفظ على عمومه فيها .

أما في التعليق فلقلة وقوعه ، وأما في الإقرار فلانه أخبار عن (وجوب)[9] سابق وربما يقدم الوجوب على العرف الغالب أو (رغب)[10] في بقعة أخرى وفي الإقرار وجه أنه لو فسره بغير سكة البلد لا يقبل .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل وجوبه) .
(٢) في (د) (أنه أقام علم) .
(٣) هكذا في (ب و(د) وفي الأصل أحدهما) .
(٤) في (د) (بالبراة) .
(٥) في (د) (تفيد) .
(٦) هكذا في (ب،د) وفي الأصل اختباراً) .
(٧) في (د) (يفيده) .
(٨) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (النفقة) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب ود) وساقطة من الأصل .
(١٠) في (ب) (وجب) .

ولو قال طلقتك على ألف فليس هذا (بتعلق)[١] (فنزل على الغالب)[٢] على قاعدة المعاملات .

قلت : ومثل الإقرار في ذلك الدعوى قال الإمام في الأقضية : الدعوى بالدراهم لا تنزل على العادة ، كما أن الإقرار بها لا ينزل على العادة ، بل لا بد من الوصف وكذا قاله الشيخ أبو حامد والماوردي والروياني وغيرهم وفرقوا بما سبق أن الدعوى والإقرار إخبار عما تقدم ، فلا (يقيده)[٣] العرف (المتأخر)[٤] ، بخلاف (العقد)[٥] فانه (أمر)[٦] باشره (في الحال فقيده العرف ، لكن حكاه صاحب روضة الحكام وجهاً ، وصدر كلامه بجواز الإطلاق ويحمل على نقد البلد)[٧] ، قال واختاره الأصطخري .

ولو أقر في بلدٍ (دراهمُه)[٨] ناقصة بألف (مطلقة)[٩] لزمه الناقصة في الأصح لعرف البلد، وقيل يلزمه الوازنة لعرف الشرع ، ولا خلاف أنه ، لو اشترى منه متاعاً بألف درهم في بلد دراهمه ناقصة (أنه)[١٠] تلزمه الناقصة ، والفرق أن البيع معاملة والغالب أن المعاملة تقع بما يروج فيها بخلاف الإقرار .

قال ابن الرفعة ويمكن بناء الخلاف على أن الاصطلاح الخاص هل يرفع

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تعليق) .

(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (ينزل في الغالب) وفي (د) (فينزل في الغالب) .

(٣) في (د) (يفيده) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أمره) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل جاء الكلام هكذا (في الحال ويحمل على نقل البلد قال واختار فقيده العرق لكن حكاه صاحب روضة الحكام وجها وصدر كلامه بجواز الإطلاق ويحمل على نقد البلد) هذا ولا يخفى الفرق بين الأصل و(ب ، د) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (دراهم) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ناقصة) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (ب) .

الاصطلاح العام أم لا كما في مسألة توافق الزوجين على تسمية ألف في عقد النكاح بألفين ، لكن قضية ذلك أن يكون الصحيح لزوم (ألف)[١] وازنة ، لأن الصحيح (وجوب)[٢] ألفين .

(السادس)[٣] :

إذا اختلفت العادة فهل الاعتبار فيها بنفسه أم بغيره فيه خلاف في صور:

(منها)[٤] : لو انتشر الخارج فوق العادة وجاوز الصفحة لم (يجزه)[٥] الحجر وهل الاعتبار بعادة الناس أم بعادة نفسه فيه وجهان (حكاهما الماوردي)[٦] .

(ومنها)[٧] : لو تعذر المشي في الخف لسعته المفرطة أو لضيقه ففي المسح عليه وجهان أحدهما يجوز ، لأنه في نفسه صالح للمشي عليه ، ألا ترى أنه لو لبسه غيره لارتفق به وأصحهما المنع ، لأنه لا حاجة له في إدامة مثل هذا الخف في الرجل . (ولهذا شبه)[٨] بالكفارة يدفع (للكبير ما لا يصلح)[٩] إلا للبس الصغير .

* * *

(١) في (د) (الألف) .
(٢) في (ب) (لزوم) .
(٣) في (د) (السادسة) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (إحداها) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (يجزيه) .
(٦) في (د) (حكاه الدارمي) .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثانية) .
(٨) في (د) (وهذا أشبه) .
(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (للتكثير ما يصلح) .

* العبادة يتعلق بها مبحث *

الأول:

في حقيقتها ، قال الإمام في الأساليب هي التذلل والخضوع وبالتقرب إلى المعبود بفعل (أوامره)[1] .

وقال المتولي فعل يكلفه الله عباده (مخالفاً)[2] لما يميل إليه الطبع على سبيل (الاستيلاء)[3] .

وقال (المروزي)[4] ما ورد التعبد به قربة لله تعالى .

وقال الشيخ أبو إسحاق الشيرازي في كتاب الحدود العبادة والتعبد والنسك بمعنى واحد وهو الخضوع ، والعبادة ما (تعبدنا به)[5] على وجه القربة والطاعة ، وقيل: العبادة ما كان العابد لأجلها عابداً ، وقيل ما اشتق اسم العابد منها ، وقيل ما كان طاعة لله (عز وجل)[6] ، وقيل ما كان قربة إليه .

قال وهذان ليسا بصحيحين ، فقد يكون الشيء طاعة وليس بعبادة ولا (قربة)[7] وهو النظر والإستدلال المؤديان إلى معرفة الله تعالى في ابتداء الأمر انتهى .

وقال (القاضي عبد الوهاب)[8] هي الطاعة بالتزام الخضوع والاستسلام

---

(١) هكذا في (د) وهامش (ب) وفي الاصل وصلب النسخة (ب) (أو أمر به) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مخالف) .

(٣) في (د) (الاستلام) .

(٤) في (ب) (الماوردي) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يعتد بابه) .

(٦) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب)

(٧) في (د) (بقربه) .

(٨) هو القاضي عبد الوهاب بن أحمد بن عبد الوهاب بن جلبة البغدادي ثم الحراني أبو الفتح قاض من فقهاء الحنابلة قدم بغداد واستوطن حران فكان فقيهها وواعظها وخطيبها ومدرسها وتولى قضائها له كتب في أصول الفقه وأصول الدين وغير ذلك ـ توفي رحمه الله سنة ست وسبعين وأربعمائة ـ انظر طبقات الحنابلة جـ٤ ص٥٤ .

والتعبد استدعاء ذلك من العبد ، قال وقد تطلق على مجرد الطاعة ، كقوله تعالى (ولا تعبد الشيطان)[1] .

الثاني :

الفضيلة المتعلقة بنفس العبادة (تقدم)[2] على المتعلقة بمكانها وستأتي في حرف الفاء .

الثالث :

إن تعلقت (بوقت)[3] فتعجيلها أفضل مبادرة للامتثال .

ولهذا جاء (الصلاة أول الوقت رضوان الله)[4] ، وقد يترجح التأخير لعوارض :

منها حيازة فضيلة أخرى كتيقن وجود الماء آخر الوقت والإبراد في شدة الحر ، وتأخير الزكاة لانتظار قريب أو جار مع أنها واجبة على الفور واستحباب (تأخير)[5] زكاة الفطر ليوم العيد قبل الصلاة مع أنها تجب بالغروب واستحب (الإمام)[6] الشافعي في الأم فعل (ابن عمر)[7] من إخراجها قبل الفطر بيومين أو ثلاث.ودم (التمتع)[8] يجب بالإحرام بالحج ويستحب له تأخيره إلى يوم النحر وكذلك دم القران .

---

(١) سورة يس الآية رقم ٦٠ وهي قوله تعالى (ألم أعهد اليكم يا بني آدم أن لا تعبدوا الشيطانه انه لكم عدو مبين) .

(٢) في (ب) (متقدمة)

(٣) في (د) (بفعل) .

(٤) في صحيح الترمذي جـ١ ص٢٨٢ جاء هذا الحديث كما يلي عن ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الوقت الأول من الصلاة رضوان الله والوقت الآخر عفو الله) . هذا وانظر سنن الدارقطني جـ ١ ص ٢٤٩ و ٢٥٠ والسنن الكبرى للبيهقي جـ ١ ص ٤٣٥ و ٤٣٦ .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٧) في (د) (يرغب) .

(٨) في (د) (المتمتع) .

ومنهـا أفعـال يوم النحـر كالحلـق وطـواف الإفاضـة ورمـي جمـرة العقبة يدخل وقتها بنصف الليل ويستحب (تأخيرها)[1] ليوم النحر .

تنبيـه :

من أمرناه بالتأخير فمات قبل الفعل لم يعص ، لأن الفـرض أنـه مأمـور بالتأخير وقد أحسن (بالامتثال)[2] فكيف يعصى ، وكذا من جوز له تأخير الصلاة إذا مات في أثناء الوقت لا يعصى في الأصح ، بخلاف ما وقته العمر كالحج وستأتي هذه القاعدة في حرف الميم .

فائـدة :

قال الصيمري في شرح الكفاية ليس لنا أحد يقتـل بتـرك عبـادة إذا صح معتقده إلا الصلاة فقط لشبهها بالإيمان ، ولما كان تارك الإيمان مقتولاً فكذلك تارك الصلاة .

ضابـط :

ليس لنا عبادة يجب العزم عليها ولا يجب فعلها سوى الفار من (الزحف)[3] بقصد التحيز إلى فئة يجوز وإذا تحيّز إليها لا يلزمه [4] القتال معها في الأصح .

* * *

(١) هكذا في (ب) و (د) وفي الأصل تأخيرهما .
(٢) في (د) (الامتثال) .
(٣) في (ب) (الصف) .
(٤) في (د) (يجب) .

* العبرة بعقيدة الإمام أو المأموم *

(وجهان)[1] الأصح الثاني .

ولهذا لو (اقتدى)[2] شافعي بحنفي مس فرجه أو افتصد فالأصح الصحة في الفصد دون المس اعتباراً بنية المقتدي واختار بعض المتأخرين اعتقاد الإمام لأجل قول الشافعي في شارب النبيذ أحده وأقبل شهادته ولا يتمسك به ، لأن الحدود فيها (ترافع)[3] إلى الحاكم فاعتبر فيها عقيدة المرفوع إليه فان الحاكم لا يجوز له الحكم بخلاف عقيدته بخلاف غيره .

ومن ذلك لو رأى الجلاد أن الحر لا يقتل (بالعبد)[4] والإمام يراه فأمره به ولم يكرهه فوجهان ، وفي الحدود من تعليق القاضي الحسين المنع فإن الشافعي (رحمه الله)[5] قال في القسامة القود على الإمام وعلى المأمور التعزير وهذا ما ذكره الماوردي في باب الشهادة على الجناية ، لكن في الشامل وتعليق أبي الطيب (الوجوب)[6] .

ولو انعكس الأمر فأمره بقتله فجهل حاله فعن العراقيين إن (بقي وجب)[7] هنا وإلا فلا وضعفه الإمام والذي في الحاوي المنع .

وهذا الخلاف جار في كل ما يعتقد الآمر حله والمأمور تحريمه فهل له فعله نظراً إلى رأي الآمر أو (يمتنع)[8] نظراً إلى رأي المأمور ، وخص الشيخ عز الدين

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (اقتضى) .
(٣) في (د) (ترفع) .
(٤) في (د) (بالسيد) .
(٥) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الرجوع) .
(٧) في (د) (بقي وجبت) وفي (ب) (بقي قبلها وجب) فكلمة (قبلها) ذكرت في هامش (ب) وكلمة (وجب) هي في (د) (وجبت) .
(٨) في (ب) (يمنع) .

الخلاف بما لا (ينتقض)[1] حكم (الأمر)[2] به فإن كان مما ينقض (حكمه)[3] به فلا سمع ولا طاعة ، قال وكذلك لا طاعة لجهلة الملوك (والأمراء)[4] إلا فيما يعلم المأمور أنه مأذون في الشرع .

ويستثنى من هذا الأصل صور :

منها:ما لو كان الحنفي والشافعي مسافرين ونوى الحنفي إقامة أربعة أيام فإنه يجوز أن يقتدي الشافعي بالحنفي القاصر مع أن الشافعي عنده أن المقيم إذا نوى القصر تبطل صلاته وهو مقيم .

ومنها:لو صلى خلف من يكبر (للعيد)[5] ثلاثا أو ستا فانه يتابعه ولا يزيد عليه على الأظهر بخلاف التكبير عقب الصلاة ، إذا كبر الامام (في)[6] يوم عرفة والمأموم لا يرى التكبير فيها وعكسه فهل يوافقه في التكبير (وتركه)[7] (أم)[8] يتبع اعتقاد نفسه وجهان أصحهما (يتبع)[9] اعتقاد نفسه .

* * *

* العبرة بصيغ العقود أو بمعانيها *

أي هل النظر إلى ما وضع له اللفظ بطريق الحقيقة أو إلى ما يدل عليه (بطريق)[10] التضمن .

---

(١) في (ب) (ينقضي) .
(٢) هكذا في (د) (وفي الأصل و(ب) (الأمر) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الاصل و(د).
(٤) في (د) (والأمر) .
(٥) في (ب) (العيدين) (٦) في (ب) (من) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (ب) وفي (د) (ويتركه) .
(٨) في (ب) (أو) .
(٩) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(١٠) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (طريق) .

هذه القاعدة ترجع إلى أربعة أقسام :

(الأول)[1] :

ما يعتبر فيه اللفظ قطعا .

كالنكاح فانه (بنى)[2] على التعبد (بصيغتي)[3] الانكاح (والتزويج)[4] دون ما يؤدي (لمعناهما)[5] .

وكذلك لو قال بعتك هذا العبد فقال قبلت ولم يذكرا ثمنا فهو بيع فاسد قطعا ولم ينظروا للمعنى حتى يصح هبة على وجه .

(الثاني)[6] :

ما يعتبر فيه اللفظ في الأصح .

فمنها: [7] لو قال أسلمت اليك هذا الثوب في (هذا)[8] العبد فليس بسلم قطعا لانتفاء الدَينية،ولا بيعاً في الأظهر (لإ خلال)[9] اللفظ ، فان السلم يقتضي الدينية ، والدينية مع التعيين يتناقضان ، وقيل بيع (للمعنى)[10] .

ومنها:لو قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم ، فقال بعتك

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثاني) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بصيغة) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أو النرويج) .
(٥) في (د) (لمعناها) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالث).
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابع) .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٩) في (ب) (لاختلال) .
(١٠) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (للعين) .

فصحح الرافعي أنه بيع نظرا (للفظ)[1] ، وقيل سلم نظرا (للمعنى)[2] وهو المنصوص للشافعي ورجحه جماعة من الأصحاب .

ومنها قال بعتك بلا ثمن فليس بيعا وفي انعقاده هبة قولا تعارض اللفظ والمعنى في التي قبلها .

ومنها تعاقدا في الاجارة بلفظ المساقاة فقال ساقيتك على هذه النخيل (مدة)[3] كذا بدراهم معلومة ، فقيل تصح إجارة نظرا للمعنى ، والأصح أنها (فاسدة)[4] نظرا للفظ (وعدم وجود)[5] شرط المساقاة إذ من شرطها أن لا تكون بدراهم .

(الثالث)[6] :

ما يعتبر فيه المعنى (قطعا)[7] .

(الرابع)[8] :

ما يعتبر فيه المعنى في الأصح .

فمنها إذا (وهب)[9] بشرط الثواب فهل تبطل لمناقضته أو يصح ويكون هبة اعتبارا باللفظ أو بيعا بالثمن (الأصح)[10] الثالث .

ومنها يشترط في إجارة الذمة تسليم الأجرة في المجلس ان كانت بلفظ الاجارة في الأصح (نظرا للمعنى)[11] .

(١) في (ب) (الى اللفظ) .
(٢) في (ب) (الى المعنى) .
(٣) في (د) (فسد) .
(٤) في (د) (فائدة) .
(٥) في (د) (وعلى موجود) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابع) .
(٧) يوجد بياض في جميع النسخ بعد كلمة (قطعا) .
(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٩) في (د) (وهبت) .
(١٠) في (د) (والاصح) .
(١١) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ود) وسقطتا من الأصل .

والضابط لهذه القاعدة أنه ان تهافت اللفظ حكم (بالفساد)[1] على المشهور كبعتك بلا ثمن وان لم يتهافت فاما أن تكون الصيغة أشهر في مدلولها أو المعنى ، فان كانت الصيغة أشهر كأسلمت اليك هذا الثوب في هذا العبد ، فالأرجح اعتبار الصيغة لاشتهار السلم في بيوع الذمم ، وقيل ينعقد بيعا وهو قضية كلام التنبيه وان لم يشتهر ، بل كان المعنى هو المقصود كوهبتك بكذا فالأصح انعقاده بيعا وان استوى الأمران فوجهان ، والأصح اعتبار الصيغة لأنها الأصل والمعنى تابع لها فاذا (أوقع)[2] في اجارة الذمة لفظ السلم اعتبر قبض المال في المجلس قطعا وان (أوقع)[3] لفظ الاجارة فوجهان ، والأصح اعتبار المعنى (كما في)[4] الهبة ، وان قال اشتريت منك ثوبا صفته كذا بهذه الدراهم إنعقد (بيعا في الأصح)[5] لتعادل المعنى والصيغة والأصح اعتبار الصيغة فينعقد بيعا .

* * *

* العدالة *

هل (تتحرى)[6] فيه خلاف فائدته إذا زكى وقد شهد بقليل ثم شهد بكثير هل تكفي التزكية في القليل وجهان ونظيره الخلاف الأصولي في تحري الاجتهاد .

العدالة شرط في نظر الانسان لغيره ليدفع عن الوقوع في غير الصحة وليست (بشرط)[7] في (نظره)[8] لمصالح نفسه ، لأن طبعه يحثه على (جلبه)[9] مصالح

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالفاسد) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وقع) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وقع) .
(٤) في (ب) (كباب) .
(٥) هكذا في (ب و د) وفي الأصل (في الأصح بيعا) .
(٦) في (ب ، د) (يتجزى) .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (شوط) .
(٨) في (د) (نظيره) (٩) في (د) (جلب) .

نفسه فاكتفى بذلك (وازعا)[1] . نعم يشترط في حقه الرشد .

ويستثنى من الأول صورتان :

احداهما :

الولاية العامة في دوامها فلا ينعزل بالفسق في الأصح وينفذ من تصرفهم ما ينفذ من تصرف الامام العادل ، (ويرد)[2] من تصرفهم ما يرد (منه)[3] ، وانما جاز ذلك (دفعا للمفاسد)[4] عن الرعايا وجلبا لمصالحهم.

الثانية :

ما يكون الطبع قائما مقام العدالة في جلب المصالح كعدالة الولي في النكاح والحضانة ، إذا قلنا الفاسق يلي لأن طبع الولي (والحاضن)[5] يحثان على تحصيل المصالح .

* * *

* العذر العام *

كفقد الماء للمسافر يسقط القضاء ، وكذا النادر الدائم غالبا ، كالحدث الدائم والاستحاضة والسلس ونحوه .

والنادر الذي لا يدوم ولا بدل معه يوجب القضاء كفاقد الطهورين ونحوه .
ويستثنى من الأول المجروح إذا وضع اللصوق على جرحه على الحدث ، وتعذر

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٢) في (د) (أو يرد) .
(٣) في (د) (فيه) .
(٤) في (د) (قطعا للفاسد) .
(٥) في (د) (والخاص) .

نزعه وصلى فانه يجب القضاء في الأظهر لفوات شرط الوضع على الطهارة ولا بدل له مع أن العذر (مما)[1] يدوم .

ومن الثاني:الصلاة بالايماء في شدة الخوف ، وكذا لو تنجس السلاح وعجز عن القائه فصلى وهو حامله فانه لا يقضي في الأظهر .

ومنه:الخائف من (سبع)[2] إذا صلى مومئاً لا يقض مع أن العـذر نادر لا يدوم ، لكن قال (الشافعي)[3] أنه خائف وجنس الخوف عام .

ومنه:لو منع الوضوء إلا منكساً [4] فهل يعدل إلى التيمم أو يجب عليه غسل الوجه فيه القولان فيمن وجد بعض ما يكفيه قال الروياني عن والـده ولا يلزمه القضاء إذا امتثل المأمور على القولين . ولو تناثر الورق برياح الربيع على الماء فغيره فليس بطهور عند من اعتبر المجاورة والمخالطة ومن اعتبر الصون وتيسره اختلفوا من جهة أن ما عم وقوعه من الأعذار مؤثر (وما)[5] يندر وقوعه إذا وقع ففي الحاقه بالعذر العام وجهان قاله الامام .

فائدتان :

الأولى : أن العذر العام أدخل في سقوط القضاء من الخاص لما يلحق من المشقة في إيجاب القضاء على الكافة .

ومن ثم لو أخطأ الحجيج فوقفوا العاشر أجزأهم ولا قضاء ، ولو أخطأ واحد وجب والاحصار العام لا يوجب القضاء والاحصار الخاص يوجبه في أحد القولين لكن الأصح خلافه .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ما) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في صلب النسخة (ب) (الماوردي) وفي هامشهـا (الشافعي) وفوقها ن ، خ كما في الأصل و(د) .
(٤) في (د) (منعكسا) .
(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ما) .

الثانية : أن العذر كما يسقط الاثم يحصل الثواب اذا كانت النية الفعل على الدوام .

ولهذا المعذور بترك الجماعة من مرض أو سفر يحصل له الثواب لقوله صلى الله عليه وسلم ، (إذا مرض العبد أو سافر كتب (اللـه)[1] له ما كان يعمل صحيحا مقيما)[2] . نعم الحائض لا يكتب لها (ثواب الصلاة)[3] زمن الحيض وان كانت معذورة والفرق بينها وبين المريض والمسافر أن نيتهما الفعل على الدوام مع أهليتهما له ، والحائض بخلاف ذلك فان نيتها ترك الصلاة زمن الحيض ، بل يحرم عليها (فنظيرها)[4] مسافر أو مريض كان يصلي النافلة في وقت ويتركها في آخر غير ناو للدوام عليها فهذا لا يكتب له في مرضه وسفره في الزمن الذي لم يكن ينتفل فيه .

* العرف يتعلق به مباحث *

الأول :

الحقائق ثلاثة لغوي وشرعي وعرفي .

والعرفي تارة يكون عاما وتارة يكون خاصا ، ثم تارة تتفق هذه الحقائق وتارة تختلف فان اتفقت ، كما اذا حلف لا يشرب ماء البحر أو النهر (فان)[5] اسمه

---

(١) لفظ الجلالة ذكر في (د) ولم يذكر في الأصل و(ب) .

(٢) قوله صلى الله عليه وسلم (اذا مرض العبد أو سافر كتب الله له ما كان يعمل صحيحا مقيما) أخرجه أبو داود في سننه باللفظ التالي عن أبي موسى قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم غير مرة ولا مرتين يقول (اذا كان العبد يعمل عملا صالحا فشغله عنه مرض أو سفر كتب له ما كان يعمل وهو صحيح مقيم) انظر سنن أبي داود المنهل العذب جـ٨ ص٢٨ .

(٣) هاتان الكلمتان ذكرتا في (ب ود) وسقطتا من الأصل .

(٤) في (ب) (ونظيرها) وفي (د) (فنظرها) .

(٥) في (د) (فانه) .

بذلك (مما)[1] إتفق عليه الحقائق الثلاث .

وان اختلفت وتعارضت فلها أحوال :

الأولى: [2] (أن)[3] يتعارض العرف مع الشرع وهو نوعان :

أحدهما :

أن لا يتعلق بالعرف الشرعي حكم فيقدم عليه عرف الاستعمال كما قرره الصيدلاني في شرح المختصر كما لو حلف لا يأكل لحما فلا يحنث (بأكل لحم السمك)[4] وان (سماه الله (تعالى)[5] لحما ، أو حلف لا يجلس على بساط لم يحنث بالجلوس على الأرض وان (سماها)[6] الله (تعالى)[7] بساطا .

ولو حلف لا يقعد في سراج لم يحنث بالقعود في الشمس وان سماها الله سراجا .

ولو حلف لا يقعد تحت سقف فقعد تحت السماء لم يحنث وان سماها الله (تعالى)[8] سقفا .

ولو حلف لا يضع رأسه على وتد فوضعها على (جبل)[9] (لم يحنث)[10] وان سمى الله الجبال أوتادا .

---

(١) هكذا في (ب) وفي الأصل (ما) وفي (د) (بما) .

(٢) في (ب) (الأول) .

(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بلحم السمك) .

(٥) هذه الكلمة لم تذكر في (ب) .

(٦) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (سماه) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٩) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجبل) .

(١٠) هاتان الكلمتان ذكرتا في (د) وسقطتا من الأصل و(ب) .

ولو حلف لا يأكل ميتة فأكل سمكا أو جرادا ميتا لم يحنث (وان (سماه) [1] النبي صلى الله عليه وسلم ميتة) [2] أولا يأكل دما فأكل الكبد والطحال لم يحنث قطعا.ووجهه في الكل من وجهين :

أحدهما :

أن أهل العرف لا يسمونها (بذلك) [3] فقدم عرف الاستعمال على عرف الشرع ، لأنها فيه تسمية لم يتعلق بها تكليف .

والثاني :

أن الانسان إنما يؤاخذ بما نواه وفعله قال (الله) [4] تعالى (ولكنْ يؤاخذكم بما عقّدتم الأيمان) [5] أي قصدتم وعَقْد القلب بقصده وتصميمه . نعم لو تقاطر من الكبد (أو الطحال) [6] دم فأكله حنث من جهة كونه دما .

وليس لنا عين تؤكل متصلة ، ولا تؤكل منفصلة إلا هذه ودود الفاكهة والروث في جوف السمك الصغار وفي (الجراد) [7] . وقشر البيض فانه لا يؤكل منفصلا ويحل ابتلاع البيضة بقشرها .

وليس لنا عين طاهرة من الجماد إذا انفصل منها جزء يصير نجسا إلا دم الكبد

---

(١) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (سماها) .

(٢) تسمية النبي صلى الله عليه وسلم السمك والجراد ميتة جاء في حديث أخرجه ابن ماجه في سننه وهو عن عبد الله بن عمر أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال (أحلت لكم ميتتان ودمان فأما الميتتان فالحوت والجراد وأما الدمان فالكبد والطحال) انظر سنن ابن ماجه جـ٢ ص١١٠١ و١١٠٢ وانظر ما أخرجه البيهقي في سننه عن ابن عمر جـ١٠ ص٧ .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (كذلك) .

(٤) لفظ الجلال ذكر في (د) ولم يذكر في الأصل و(ب) .

(٥) سورة المائدة الآية رقم ٨٩ .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والطحال).

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل (الجرد) وفي (د) (الحوار) .

والطحال ، فاذا انفصل صار نجسا في الأصح ، لكونه صار دما .

النوع الثاني :

أن يتعلق بعرف الشرع حكم فيقدم على عرف الاستعمال كما إذا حلف لا يصلى لم يحنث إلا بذات الركوع والسجود دون التسبيح . وكذا لو حلف لا يصوم لم يحنث إلا (بالامساك)[1] بالنية في زمن قابل للصوم ولا يحنث . بمطلق الامساك ، وان كان صوما لغة .

ولو حلف لا ينكح فالنكاح حقيقة في العقد في الأصح وفي العرف لا يعني به غير الوطء .

ولو قال (ان)[2] رأيتِ الهلال فأنتِ طالق فرآه غيرها وعلمتْ به طلقت حملا (له)[3] على الشرع ، فانها فيه بمعنى العلم .

ومن ذلك.لو باع أو اشترى أو نكح أو راجع أو طلق هازلا نفذت وصحت وان كان أهل العرف لا يعدونها بيعا وشراء ونكاحا وطلاقا ، ولكن الشرع حكم عليها بالصحة ففي الحديث (ثلاث جدهن جد وهزلهن جد النكاح والطلاق والرجعة)[4] ، ونبه النبي صلى الله عليه وسلم بالثلاث على ما في معناها وأولى منها (كما)[5] قال تعالى (قل أبِا للهِ وآياتهِ ورسولِه كنتم تستهزؤون)[6] (لا تعتذروا قد كفرتم)[7] فمن تكلم بكلمة الكفر هازلا ولم يقصد الكفر كفر ، وكذا إذا أخذ مال غيره (مازحا)[8] ولم يقصد السرقة حرم عليه لقوله صلى الله عليه وسلم (لا يحل

---

(١) في (ب ، د) (بامساك) . (٢) في (د) (اذا) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

(٤) هذا الحديث أخرجه الترمذي وأبو داود والدار قطني والحاكم عن أبي هريرة وقال الترمذي فيه هذا حديث حسن غريب والعمل على هذا عند أهل العلم من أصحاب النبي صلى الله عليه وسلم أنظر صحيح الترمذي جـ٥ ص١٥٦ ، ١٥٧ - وسنن أبي داود جـ١ ص٥٠٧ - وسنن الدار قطني جـ٣ ص٢٥٦ - (دار المحاسن للطباعة) والمستدرك جـ٢ ص١٩٧ و١٩٨ .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) (٦) سورة التوبة الآية رقم ٦٥ .

(٧) سورة التوبة الآية رقم ٦٦ .

(٨) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

لمسلم أن يأخذ متاع صاحبه جادا ولا هازلا)[1] .

وهنا تنبيه :

وهو أنه حيث قدم الشرعي على العرفي أو اللغوي فانما ينزل على أدنى المراتب (تقليلا للنسخ)[2] وعدم (النقل)[3] ، فلو حلف لا ينكح سرا فنكاح السر في اللغة هو الوطء سرا دون العقد ، وفي الشرع أدنى مراتب (نكاح)[4] السر أن يكون بولي وشاهدين ، فان عقد بولي وثلاثة شهود خرج عن نكاح السر ولم يحنث نقل ذلك عن الدارمي وهو حسن (مخالف للسر)[5] في اللغة ، لأن السر لغة ما أطلعت عليه شخصا واحدا .

ويخرج من هذه الحالة قاعدة أخرى :

وهي أنه إذا كانت اليمين تقتضي العموم ، والشرع يقتضي التخصيص فهل يحمل على عمومها أم يتعين تخصيص الشرع يخرج من كلامهم (فيها وجهان)[6] ، والأصح اعتبار خصوص الشرع .

ولهذا لو حلف لا يأكل لحما لا يحنث بأكل لحم الميتة .

ولو حلف لا يطأ لم يحنث بالوطء في الدبر وما وقع في (زوائد)[7] الروضة في كتاب الايلاء من دعوى الاتفاق على الحنث ممنوع ، بل الراجح أنه لا يحنث على مقتضى ما رجحه في كتاب الأيمان .

---

(١) رواه بنحوه احمد وأبو داود والطبراني ، و حسنه العراقي (فيض القدير ٦/٤٤٧)
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل (تعليلا للفسخ) وفي (د) (تعليلا للنسخ) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الفعل) .
(٤) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٥) في (د) (بخلاف السر) .
(٦) في (د) (منها وجهين) .
(٧) في (ب ، د) (زيادة) .

ومنها:لو أوصى لأقاربه ، فهذا عام ولكن في الشرع (لا وصية لوارث)[1] . والأصح أن الورثة لا يدخلون عملا بتخصيص الشرع وللرافعي بحث فيه .

ومنها:(لو)[2] حلف لا يشرب ماء فشرب المتغير بما يخالط الماء مما يستغني عنه كالزعفران لا يحنث .

ولو وكل من يشتري الماء ، فاشترى له الوكيل هذا لم يصح الشراء في حق الموكل ، لأنه لا يدخل في إطلاق اسم الماء ، حكاه في البيان عن القاضي أبي الطيب وقضية هذا التعليل أن الماء المستعمل لا يحنث بشربه بناء على أنه ليس بمطلق ، فان قيل هو في العرف يسمى ماء ، قلنا:العرف الشرعي مقدم ، أما إذا قلنا أنه مطلق منع من استعماله فيجيء الوجهان فيمن حلف لا يأكل لحما هل يحنث بأكل لحم الميتة .

ولو حلف لا يشرب ماء فشرب ماء قد تنجس ولا تغير به لقلته فان قلنا أنه ليس بمطلق فلا يحنث ، وان قلنا مطلق منع من استعماله ، كما فهمه بعضهم من كلام صاحب التلخيص ، فانه يصدق عليه لغة اسم ماء بلا قيد فيجيء فيه ما سبق في الماء المستعمل .

ومنها:لو قال ان رأيت الهلال فأنت طالق حملت على العلم ، فإنها الشرعية ، كما في قوله (إذا رأيتموه فصوموا)[3] دون الرؤ ية بالبصر .

---

(١) هذا حديث أخرجه الترمذي عن أبي أمامة الباهلي أنظر صحيح الترمذي جـ٨ ص٢٧٥ و٢٧٦ وأخرجه ابن ماجه عن أبي إمامة أيضا وعن أنس ابن مالك أنظر سنن ابن ماجه جـ٢ ص٩٠٥ و٩٠٦ وأخرجه الدار قطني عن جابر ولفظه فيه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال (لا وصية لوارث) انظر سنن الدار قطني جـ٤ ص٩٧ - (دار المحاسن للطباعة) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٣) هذا حديث أخرجه البخاري ومسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والنسائي ولفظه في صحيح البخاري فتح الباري جـ٤ ص٩٥ الى ٩٩ كما يلي عن أبي هريرة رضي الله عنه أنهقال قال النبي صلى الله عليه وسلم أو قال أبو القاسم صلى الله عليه وسلم (صوموا لرؤ يته وأفطروا لرؤ يته فان غم =

ومنها.لو قال إن رأيت (الدم)[1] .

الحالة الثانية تعارض اللغة والعرف العام.فأطلق صاحب الكافي رواية (وجهين)[2] فقال في كتاب الطلاق إذا اجتمع في اليمين الحقيقة اللفظية والدلالة العرفية فأيهما أولى بالاعتبار فيه وجهان :

أحدهما :

وإليه ذهب القاضي الحسين الحقيقة اللفظية أولى,واللفظ متى كان مطلقا وجب العمل بإطلاقه عملا بالوضع اللغوي .

الثاني :

وإليه ذهب محيي السنة الدلالة العرفية ، لأن العرف (محكم)[3] في التصرفات سيما في الايمان .

قال فلو (دخل)[4] دار صديقه فقدم إليه طعاما فامتنع فقال ان لم تأكل فامرأتي طالق فخرج ولم يأكل ثم قدم اليوم الثاني فقدم إليه ذلك الطعام فأكل فعلى الأول لا يحنث وعلى الثاني يحنث (انتهى)[5] .

= عليكم فاكملوا عدة شعبان ثلاثين) وقد ذكر البخاري هذه الرواية مع غيرها من الروايات في باب (اذا رأيتم الهلال فصوموا واذا رأيتموه فافطروا) ولفظه في صحيح مسلم عن ابن عمر رضي الله عنهما قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول (اذا رأيتموه فصوموا واذا رأيتموه فافطروا . . . الخ الحديث) انظر صحيح مسلم بشرح النووي جـ٧ ص١٩١ وفي صحيح مسلم طرق أخرى لهذا الحديث في جـ٧ ص١٨٨ - ١٩٤ وانظر صحيح الترمذي جـ٣ ص٢٠٤ و٢٠٥ وسنن ابي داود جـ١٠ (المنهل العذب) ص٣٣ وابن ماجه جـ١ ص٥٢٩ و٥٣٠ وسنن النسائي جـ٤ ص١٣٤ .

(١) يوجد بياض في جميع النسخ بعد كلمة (الدم) .

(٢) في (د) (الوجهين) (٣) في (ب ود) (يحكم) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (داخل) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

وأقول اللغة تارة يعم استعمالها في لسان العرب وتارة يخص استعمالها وتارة يقيد في إطلاقهم فان عمت اللغة قدمت على العرف هذا مذهب (الإمام)[1] الشافعي (رحمه الله)[2] ، كما نقله الرافعي في كتاب الايمان فيما لو حلف لا يأكل الروس ، (وقال)[3] في كتاب الطلاق أن تطابق العرف والوضع وذاك ، وان اختلفا فكلام الأصحاب يميل إلى الوضع والإمام والغزالي يريان (اعتبار)[4] العرف .

(وينبنى)[5] على هذا قاعدة :

(وهي)[6] إذا عارض اللغة المستعملة عرف خاص ويعبر عنها بأنه:يراعي عرف واضع اللسان أو عرف الحالف وان شئت فقل:هل يعتبر عرف اللفظ أو عرف اللافظ(أو:أن)[7] الاصطلاح الخاص هل يرفع العام وقد سبقت بفروعها في حرف الهمزة .

ومن أمثلة هذا ما لو حلف لا يشرب الماء أو ماء حنث بالعذب والملح وإنما حنث بالملح (وان لم)[8] يَعتَد شربه (اعتبارا)[9] بالاطلاق والاستعمال اللغوي .

والضابط أنه إن كان الخاص ليس له في اللغة وجه (البتة)[10] (فالمعتبر)[11] اللغة ، كما سبق في مسألة السر والعلانية ونظائرها .

(١) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(٣) في (د) (قال) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (باعتبار) .
(٥) في (ب ، د) (ويبني) .
(٦) في (د) (وهو) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (وأن) .
(٨) في (د) (ولم) .
(٩) في (د) (اعتبار) .
(١٠) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (النية) .
(١١) في (ب) (فلا تعتبر) .

وان كان له فيه استعمال ففيه خلاف في صور :

منها:لو حلف لا يدخل بيتا (أولا)[1] يسكنه فاسم البيت يقع على المبني بالطين والحجر والمدر (سمى)[2] بيتا ، لأنه يبات فيه .

كما قاله (الزجاج)[3] في تفسيره .

ثم ان كان الحالف بدويا حنث بكل منها ، لأنه قد تظاهر فيه العرف واللغة ، لأن الكل يسمونه بيتا وان كان الحالف من أهل القرى فوجهان بناء (على الأصل)[4] المذكور (وان)[5] اعتبرنا العرف لم يحنث ، لأن المفهوم من اسم البيت هو المبنى ، وأصحهما أنه يحنث ، لأن أهل البادية (يسمونه)[6] بيتا ، واذا ثبت هذا العرف عندهم ثبت عند سائر الناس ، لأنهم أهل اللسان فرده على التعميم عملا باللغة المستعملة . وهذا أيضا مما اتفقت عليه اللغة والشرع ، قال تعالى (وجعل لكم بيوتا تستخفّونها يوم ظعنكم)[7] وفي الحديث (لا يبقى على وجه الأرض بيت مدر ولا وبر الادخله الاسلام)

---

(١) في (د) (ولا) .　　(٢) في (د) (يسمى) .

(٣) هو ابو اسحاق ابراهيم بن محمد بن السرى بن سهل البصري النحوي وهو من أقدم أصحاب المبرد قراءة عليه وكان من يريد أن يقرأ على المبرد يعرض عليه أولا ما يريد أن يقرأه . مصنفاته كثيرة منها كتابه في التفسير ويعرف بكتاب معاني القرآن . توفي الزجاج كما في تهذيب النووي يوم الجمعة لاحدى عشرة ليلة خلت من جمادى الآخرة سنة احدى عشرة وثلثمائة وفي الفهرست لابن النديم أنه توفي يوم الجمعة لاحدى عشرة ليلة بقيت من جمادى الآخرة سنة عشر وثلثمائة وفي كشف الظنون أنه توفي سنة عشر وثلثمائة انظر تهذيب الاسماء واللغات للنووي جـ٢ ص١٧٠ و١٧١ ـ الفهرست لابن النديم ص٩٦ و٩٧ ـ كشف الظنون جـ١ ص٤٤٨ .

(٤) في (د) (على أن الأصل) .

(٥) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ان) .

(٦) في (ب ، د) (تسميه)

(٧) سورة النحل الآية رقم ٨٠

ومنها:حلف (أن)[1] لا يأكل الخبز حنث بما يتخذ من الأرز ، وان كان الحالف من قوم لا يتعارفون أكل (خبز)[2] الأرز ، كما إذا كان بغير طبرستان ، لأن خبز الأرز يطلق عليه هذا الاسم لغة في سائر البلاد ثم (ان)[3] أهل كل بلد يطلقون اسم الخبز على ما (يجدونه)[4] عندهم وذكر (بعض)[5] أفراد العام لا يخص (إذ)[6] الخبز (لغة)[7] اسم لكل ما يخبز (أو ينضج)[8] بالنار .

ومنها:لو قال أعطوه بعيرا لم يعط ناقة على المنصوص .

وقال ابن سريج:نعم ، لاندراجه فيها لغة .

ولو قال أعطوه دابة أعطى (فرسا أو بغلا أو حمارا)[9] على المنصوص ، لا الابل والبقر ، لأنها لا تطلق عليه عرفا ، وان كان (ذلك يطلق)[10] عليها لغة ، وقيل ان كان ذلك في غير مصر لم يدفع اليه إلا الفرس وهو قول ابن سريج ، لأن الشافعي (رحمه الله)[11] ، قال ذلك على عادة أهل مصر فانهم يطلقون الدابة على هذه الثلاثة ، فان كان الموصي بغير مصر لم يعط الا الفرس ، وان تخصصت اللغة في استعمالهم وهجر استعمال بعضها ، فلا يستعمل إلا نادرا أو صارت نسيا منسيا ، فالمقدم العرف ، كما إذا حلف لا يأكل البيض فانه يحمل على ما يُزايل بائضه أي يفارقه في الحياة كبيض الدجاج والأوز والحمام والعصفور،ولا يحنث ببيض السمك والجراد .

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) (٢) في (د) (غير) .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٤) في (د) (يخبزونه) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (اذا) .

(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٨) في (د) (وينضج) .

(٩) هكذا في (د) وفي الاصل و(ب) (فرس أو بغل أو حمار) .

(١٠) في (ب ، د) (يطلق ذلك) .

(١١) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .

وكذا إذا حلف لا يأكل الرؤوس يحنث [1] بما يباع (مفردا)[2] كالغنم والبقر دون رأس العصافير (والحيتان)[3] ، لأن أهل العرف لا يطلقون اسم الرؤوس التي تؤكل عادة وهي مشوية أو المصلوقة عليها فلم يتعارض في ذلك العرف واللغة ، بل اتفقا على عدم التسمية .

ومن هذا القسم لو قال زوجتي طالق لم تطلق سائر زوجاته عملا بالعرف ، وان كان (وضع)[4] اللغة يقتضي الطلاق ، لأن اسم الجنس إذا أضيف عم .

وكذلك لو قال الطلاق يلزمني لم يحمل على الثلاث وان كان في اللغة الألف واللام للعموم .

ولو أوصى (للقراء)[5] فهل يدخل من لا يحفظ ويقرأ في المصحف فيه وجهان ينظر في أحدهما إلى الوضع وفي الثاني إلى العرف وهو الأظهر ، وهذا لفظ الرافعي .

وذكر صاحب الكافي أنه لو أوصى (للفقهاء)[6] فهل يدخل الخلافيون المناظرون ، قال (ويحتمل)[7] وجهين لتعارض العرف والحقيقة .

تنبيه :

موضع الكلام في اعتبار عرف اللفظ أو اللافظ (هو في اللفظ العربي)[8]

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (حنث) .
(٢) في (د) (منفردا) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والحيات) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (موضع) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (للفقراء) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (للفقراء) .
(٧) في (ب ، د) (يحتمل) .
(٨) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (العرفي) .

فيعتبر وضعه عند أهله ، فأما الأعجمي فيعتبر عرف اللافظ)[1] إذ لا وضع هناك يحمل عليه .

ولهذا قال القفال فيما إذا حلف على البيت بالفارسية لا يحنث ببيت الشعر وغيره (إذ)[2] لم يثبت شمول اللفظ له في عرف الفارسية .

وكذلك لو قال لو رأيت الهلال فأنت طالق فرآه غيرها طلقت ان علق بالعربية فلو علق بالعجمية نص القفال أيضا أنه يحمل على المعاينة سواء فيه البصير ، والأعمى وادعى أن العرف الشرعي في حمل الرؤ ية على العلم لم يثبت إلا في اللغة العربية .

ومنع الامام الفرق بين اللغتين .

ولو حلف لا يدخل دار زيد فدخل (ما يسكنه)[3] بإجارة لم يحنث ، وقال القاضي الحسين أن حلف على ذلك بالفارسية حمل على (المسكن)[4] ، قال الرافعي ولا يكاد يظهر فرق بين اللغتين وليس كما قال ، بل مادة الفرق (تعلم مما)[5] ذكرنا .

الحالة (الثالثة)[6] تعارض العرف العام (والخاص)[7] ، فان كان (الخصوص)[8] محصورا لم يؤ ثر ، كما لو كان عادة امرأة في الحيض أقل ما استقر من (عادة)[9] النساء ردت إلى الغالب في الأصح ، وقيل تعتبر عادتها .

---

(١) ما بين القوسين ابتداء من كلمة (هو) وانتهاء بكلمة (اللافظ) ساقط من (د) .
(٢) في (ب) (اذا) .
(٣) في (د) ما سكنه)
(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (السكن) .
(٥) في (د) (تعرف بما)
(٦) في (د) (الثانية) .
(٧) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٨) في (د) (المنصوص)
(٩) في (ب ، د) (عادات) .

وان كان غير محصور اعتبر ، كما لو جرت عادة قوم بحفظ (زروعهم)[1] ليلا ومواشيهم نهارا فهل ينزل ذلك منزلة العرف العام في العكس وجهان أصحهما نعم .

البحث الثاني :

إذا اطرد العرف في ناحية هل يطرّد في سائر النواحي ، كمن حلف لا يدخل بيتا فدخل بيت الشعر حنث ، وان كان قرويا ، لأنه ثابت في عرف البادية ، وكذا لو حلف لا يأكل الخبز فأكل خبز الأرز بغير طبرستان حنث ، وقيل إنما يحنث به بطبرستان لاعتيادهم أكله .

ولو حلف لا يأكل الرؤوس ، وعادة بلد بيع رؤوس [2] الحيتان والصيود منفردة حنث بأكلها هناك ، وفي غيرها من البلاد وجهان أصحهما الحنث .

ولو جرت عادة (قوم)[3] .

ويجوز إخراج الأقط في زكاة الفطر في الأصح ، وهل (يخص)[4] أهل البادية أم يعم البادي والحاضر فيه وجهان في باب الكفارة عن رواية ابن كج . وخرج عن هذا صور :

احداها :

إذا حلف لا يركب دابة (لم)[5] يحنث بالحمار ، وان كان العرف مطّرداً بتسميته دابة .

(١) في (د) (ذرعهم) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل و(ب) .
(٣) يوجد بياض في الأصل و(ب ، د) بعد كلمة (قوم) ولعل الناسخ لم يكمل هذا الفرع لانه نفس الفرع الذي سبق ذكره وهو (ولو جرت عادة قوم بحفظ زروعهم ليلا ومواشيهم نهارا . . . الخ الفرع .
(٤) في (د) (يختص) .
(٥) في (د) (لا) .

الثانية :

لو اشتهر في بلاد إستعمال الحرام في الطلاق ، ففي كونه كناية أو صريحا وجهان ، أما في غيرها فهو كناية بلا خلاف ، قاله في الروضة ، قيل والظاهر أن الغريب إذا تلفظ (به)[1] أجرى عليه عرف بلده لا عرف موضع الحلف .

الثالث[2] :

إذا عم العرف في ناحية بشيء فهل يجعل عموم العرف في حكم الشرط سبق في بحث (العادة)[3] .

(الرابع[4] :

إذا وجدنا اسما مشتركا في اللغة واشتهر العرف بأحد مدلوليه ، فهل يراعي في ذلك العرف أم اللغة (يتخرج)[5] فيه خلاف (مما)[6] لو قال أنت طالق يوم يقدم زيد ، فالمذهب أنه لا يقع ، لأن المتبادر من لفظ اليوم ما بين طلوع (الفجر)[7] إلى غروب الشمس .

ويطلق لغة على القطعة من الزمان .

(والضابط)[8] في هذا أنه (ان)[9] كان أحد المدلولين أشهر في اللغة ووافقه

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالثة) .
(٣) أي في البحث الرابع من الأبحث التي ذكرت في العادة وهو (العادة المسطردة في ناحية نزلها القفال منزلة الشرط . . . الى آخر لذكر هناك) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الرابعة) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فيخرج) .
(٦) في (ب) (كما) وفي (د) (بما) .
(٧) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (الشمس) .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الخامسة) .
(٩) هكذا في (ب ود) وفي الأصل (إذا) .

العرف قدم ، وإن خالف العرف قدم لترجيحه بالمدلول الآخر.

(الخامس)[1]

قال الفقهاء كل ما ورد به الشرع مطلقاً ولا ضابطله فيه ولا في اللغة يحكم فيه العرف ، ومثلوه (بالحرز)[2] في السرقة والتفرق في البيع،والقبض،ووقت الحيض وقدره.ومرادهم أنه يختلف حاله باختلاف الأحوال والأزمنة ويختلف الحرز باختلاف عدل السلطان وجوره ، وبحالة الأمن والخوف .

وهذه الأشياء لا تكاد تنضبط وكل موضع في كل شيء من ذلك يرجع إلى أهل (ناحيته)[3] فما عدوه حرزاً فالمال محرز وما لا فلا .

ومنه الاكتفاء في نية الصلاة بالمقارنة ، للتكبيرة العرفية بحيث يعد مستحضراً للصلاة على ما اختاره النووي وغيره ، وقالوا في كتاب الايمان أنها تبني أولا على اللغة ثم على العرف . وهذا كله مخالف لكلام الأصوليين أنه يقدم (العرف)[4] الشرعي ثم العرفي ثم اللغوي .

والجواب أن كلام الأصوليين إنما هو في الحقائق والأدلة التي (تستنبط)[5] منها الأحكام فيقدم (فيها)[6] الشرعي على العرفي ، كبيع الهازل وطلاقه فإنه نافذ وإن كان أهل العرف لا ينفذونه ، ويقدم العرفي فيهما على اللغوي عند التعارض ، لأن العرف طارىء على اللغة فهو كالناسخ .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السادسة) .
(٢) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بالمحرز) .
(٣) في (ب ، د) (ناحية) .
(٤) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٥) في (ب ، د) (استنبط) .
(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

وهنا تنبيهـــان :

الأول :

إنهم لم يجروا هذا الأصل في كل المواضع ولم يرجعوا إلى العرف فيما لا ضابط له في الشرع ولا (في)[1] اللغة ، كما في مسألة المعاطاة في البيع لا تصح ولو جرت العادة بها فيما يعدونه بيعاً ، وكما في مسألة استصناع الصناع الجارية عادتهم بالعمل بالأجـرة لا يستحقـون شيئـاً (إذا)[2] لم يشرطـوه ، والمسألتـان من منـاصيص (الإمام)[3] الشافعي (رضي الله عنه)[4] ، (وكذلك)[5] ، إذا أوجبنا الموالاة في الوضوء فلا يرجع في ضبطها للعرف في الأصح وضبطوه بأن تمضي مدة يجف فيها العضو الذي قبله ، (وكذلك)[6] إذا أوجبنا إيصال الماء إلى (باطن)[7] الشعـر الخفيف لا يرجع في ضبط الخفة للعرف في الأصح وضبطوه بما ترى منه البشرة في مجلس التخاطب .

ومنها المرأة المخدرة (تعفى)[8] عن الإحضـار للدعـوى عليهـا ، ولـم يرجعوا في (ضبط)[9] التخدير للعرف ، واختلفوا (هـم فيه)[10] : فقيل:من لا يكثر خروجها للحاجات ، وقيل:من لا تحضر الأعراس ، (وقيل)[11] غير ذلك .

(١) هذه الكلمة ساقطة من (ب)

(٢) في (د) (إذا) .

(٣) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٤) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (ب ، د) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وكذا) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وكذا) .

(٧) في صلب النسخة (ب) [منابت] وفي هامشها (باطم) كما في الأصل و(د) .

(٨) في (د) (تعصى) .

(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(١٠) كلمة (هم) ذكرت في الأصل وساقطة من (ب ، د) وكلمة (فيه) ذكرت في (ب ، د) وسقطت من الأصل .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .

الثـاني :

سكتوا عما إذا لم يكن له ضابط في العرف أيضاً ، والحكم أنه على الإجمال ، وهذا كما لو قال له علي مال فإنه ليس للمال تحديد مقدر في الحقائق الثلاث ، فيبقى على إجماله ويرجع إلى (المقِر)[1] في بيانه . وأما مالك (رحمه الله)[2] فقال أقل (مال)[3] يطلق عليه في الشرع نصاب الزكاة (فألزمه)[4] به ، وعورض بنصاب السرقة . ولهذا رده غيره إليه .

(السادس)[5]

العرف تارة يكون قولياً وتارة (يكون)[6] فعلياً ، (وفـرق)[7] بـين قولنـا جرت العادة باستعمال هذا اللفظ في هذا المسمى وبين قولنا جرت بفعل هذِا المسمى والأول العرف القولي والثاني الفعلي وهو غير معتبر في تخصيص الألفاظ ، لأنه ليس عرفاً لها فلا يكون له سلطان عليها ، بل سلطانه على الأفعال ، والعرف القولي سلطانه على الأقوال لأنه عرف لها (فيخصصها)[8] ولا سلطان له على الأفعال ، لأنه ليس عرفاً لها .

ويبنى على ذلك :

أن السلطان مثلاً لو حلف لا يلبس ثوباً اولا ياكل خبزاً فأكل خبز الشعـير أو لبس الكرباس يحنث ، وإن كانت عادته عدم تناوله ، ولو حلف هو أو غيره أن لا يأكل رؤوسا فأكل رؤوس السمك لم يحنث ، لأن العـرف خصص الـرؤوس بذوات الأربع ، والفرق بين (التخصيصين)[9] ما ذكرنا .

(١) في (د) (العرف) .
(٢) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب).
(٣) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (لزمه) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السابع) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٧) في (د) (وفرقا) .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فتخصيصها) .
(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (التخصيص) .

(السابع)[1] :

أن العرف الذي تحمل الألفاظ عليه إنما هو المقارن (أو)[2] السابق وأغرب من حكى في جواز التخصيص به قولين .

وبنى بعضهم على ذلك مسألتين :

احداهما :

ما يتعلق بالبطالة في المدارس فقد اشتهر في هذه الأعصار ترك الدروس في الأشهر الثلاثة ، (فكل)[3] مدرسة وقفت بعد ذلك ولم يتعرض (واقفها)[4] لذلك ينزل لفظه على العادة ، وأما الموقوف قبل هذه العادة أو ما شك فيه هل هو قبلها فلا ينزل على العرف الطارىء ، وقال ابن الصلاح في فتاويه:ما وقع منها في رمضان ونصف شعبان لا يمنع من الاستحقاق حيث لا (نص)[5] من الواقف على إشتراطه (الاشتغال)[6] في المدة المذكورة ، وما يقع منها قبلهما يمنع ، لأنه ليس فيها عرف مستمر ولا وجود لها في أكثر المدارس والأماكن فإن (اتفق)[7] (بها)[8] عرف في بعض البلاد ، (واشتهر)[9] غير مطرد فيجري فيها في ذلك (البلد)[10] الخلاف في أن العرف الخاص هل ينزل في التأثير منزلة العام ، والظاهر تنزيله في أهله بتلك المنزلة انتهى .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثامن) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (ب ، د) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بكل) .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (واقفوها) .
(٥) في (د) (نطق) . (٦) في (د) (زالاستعمال) .
(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (اتسق) .
(٨) في (د) (بهما) .
(٩) في (ب) (واستمر) .
(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

ومقتضاه أن البطالة من نصف شعبان إلى آخر شهر رمضان العرف بها مستمر (شائع)[1] والمضطرب ما قبل ذلك .

الثانيــة :

كسوة الكعبة ، قال ابن عبدان منع من بيعها (وأوجب)[2] رد من حمل منها شيئاً ، وقال ابن الصلاح هي الى رأي الإمام ، والذي يقتضيه القياس أن العادة استمرت قديماً ، بأنها تبدل كل سنة ، ويأخذ بنو شيبة تلك العتيقة فيتصرفون فيها (بالبيع)[3] وغيره ، ويقرّهم الأئمة على ذلك في كل عصر ، فلا تردد في جوازه ، (وأما بعد ما اتفق)[4] في هذا الوقت من وقف الإمام ضيعة معينة على أن يصرف ريعها في كسوة الكعبة فلا تردد في الجواز ، لأن الوقف بعد استقرار هذه (العادة)[5] والعلم بها فينزل لفظ الواقف عليها .

قلت:والأشبه صرفها في مصالح الكعبة ، ولا يختص بها سدنتها ، إلا بالتصريح.قلت:

وثالثة :

وهي الأوقاف القديمة المشروط نظرها للحاكم ، وكان الحاكم إذ ذاك شافعياً ويستنيب من بقية المذاهب ثم ان (الملك الظاهر[6])أحدث القضاة (الثلاثة)[7]

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (يتتابع) .

(٢) في (د) (ووجب) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (بيعا) .

(٤) في (د) (وإنما بعد ما أنفق) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (القاعدة) .

(٦) هو الظاهر بيبرس العلائى البندقداري الصالحي ركن الدين الملك صاحب الفتوحات والأخبار والآثار ـ ولد بأرض القبجاق سنة خمس وعشرين وستمائة ـ وتولى السلطنة في مصر والشام بعد قتل السلطان قطز وفي أيامه انتقلت الخلافة إلى الديار المصرية سنة تسع وخمسين وستمائة ـ توفي في دمشق سنة ست وسبعين وستمائة ومرقده فيها معروف وأقيمت حوله المكتبة الظاهرية ـ انظر فوات الوفيات جـ ١ ص ٨٥ النجوم الزاهرة جـ ٧ ص ٩٤ ـ السلوك للمقريزي جـ ١ ص ٤٣٦ إلى ٤٤١ .

(٧) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (الأربع) .

سنة أ أربع وستين وستمائة ، فما كان موقوفاً قبل حدوث هذا العرف اختص نظره بالشافعي ، ولا يشاركه (فيه)[1] غيره ، لأنه عرف حادث ، وما أطلق من النظر بعد هذا العرف ففيه تردد لتعارض اللفظ والعرف ، فإن أهل العرف غالباً لا يفهمون عند إطلاق الحاكم غير الشافعي لا سيما[2] مع قرينة أن نظر الأوقاف العامة إليه .

الثامـن :

ذكر الإمام فيما لو شد المحرم على رأسه خيطاً لا فديه ولو شدعصابة عريضة افتدى ، قال وليس معنا توقيف نتبعه ، والقصد (ما)[3] يعد في العرف ساتراً للرأس أو لبعضه فإن الأصل فيما ورد مطلقاً من غير توقيف أن يتلقى من أهل العرف ، (ولذلك)[4] يقع الاقتصار على الإطلاق إحالة على (ما يبتدره)[5] إفهام الفاهمين في عادات التخاطب ، قال وهذا مما ينبغي أن تصرف العناية إلى مثله ، ولا (يحل)[6] للمراجع أن يحيل الجواب في مثل ذلك على المستفتى ويرده إلى (حكم)[7] العادة .

* * *

* العـزم *

على الإبطال مبطل وهل يبطل في الحال أم يتوقف على وجوده فيه خلاف

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل و(ب) .
(٢) في (د) (ولا) .
(٣) هكذا في (ب ، د) (وفي الأصل) (لما) .
(٤) في (د) (وكذلك) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (سدنة) .
(٦) في (د) (يحصل) .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الحاكم) .

(فان)[1] نوى الخروج من الصلاة في الركعة الثانية بطلت في الحال ، لمنافاة موجبها وهو الدوام ، وقيل لا تبطل في الحال وله رفضه .

ومثله لو خطا في الصلاة خطوة وعزم على أنه يخطو ثلاثاً بطلت في الحال نص عليه في الأم ، أما لو نوى أن (يفعل)[2] في الركعة الثانية مبطلاً ، كالكلام فلا تبطل قطعاً ، (لأنه جازم والجزم فعل المنافي)[3] ولم يوجد ، كذا قاله النووي في شرح المهذب .

وإذا نوى قطع الصوم (أو الاعتكاف)[4] (فالأصح)[5] لا يضر كالحج ، فإن قلنا يبطل فهل يبطل في الحال أو يمضي قدر فطره وجهان .

* العقـــد *

في الأصل مصدر عقدت الحبل إذا جمعت أجزاءه (جمعا)[6] خاصاً ، (ثم نقل إلى الشيء المعقود مجازاً)[7] ، وهو تلك الأجزاء المجموعة من تسمية (المفعول)[8] باسم المصدر كقولهم درهم ضرب الأمير ثم نقل شرعاً إلى ارتباط الإيجاب بالقبول الالتزامي كعقد البيع والنكاح وغيرهما .

وللعقد الشرعي اعتبارات :

الأول :

باعتبار الاستقلال به وعدمه إلى ضربين :

عقد ينفرد به العاقد،وعقد لا بد فيه من متعاقدين .

---

(١) في (د) (فلو) . (٢) في (د) (يقول) .

(٣) في (ب) (لأنه جازم والحرام فعل المنافى) وفي (د) (لأنه جازم حرام والحرام فعل المنافى) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الاعتكاف) .

(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (جميعاً) .

(٧) في (ب ، د) (ثم نقل مجازاً إلى الشيء المعقود) .

(٨) في (د) (المعقود) .

فالأول عقد التدبير (والنذور)[1] واليمين والوقوف ، إذا لم يشترط القبول فيه والصلاة إلا الجمعة والصوم والحج والعمرة ، وعد بعضهم منه الطلاق والعتاق إذا كانا بغير عوض وإنما هما رفع للعقد .

والثاني ينقسم باعتبار الجواز واللزوم إلى أقسام :
أحدها: لازم من الطرفين قطعاً كالبيع والإجارة والسلم والصلح والحوالة والمساقاة والهبة للأجنبي بعد القبض والخلع .
الثاني : لازم فيهما في الأصح وهي المسابقة .

الثالث جائز من الطرفين قطعاً كالشركة والوكالة والمضاربة والوصية والعارية والوديعة والقرض والجعالة قبل فراغ العمل.

الرابع لازم من أحد الطرفين جائز من الآخر قطعاً كالكتابة لازمة من جهة السيد جائزة من جهة العبد ، وكذا الرهن لازم من جهة الراهن بعد القبض جائز من جهة المرتهن ، والضمان والكفالة جائزان من جهة المضمون له دون الضامن ، (وكعقد الأمان)[2] جائز من جهة المؤمن له نبذه متى شاء ، ويصير حربياً لما يبلغ المأمن ولازم من جهة المؤمن لا يجوز له نبذه ، إلا بأن يظهر (له خيانته)[3] فينبذه حينئذ

(١) في (ب) (والنذر) .
(٢) في (د) (وعقد الإيمان) .
(٣) كلمة (له) ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل (وكلمة خيانته) هي هكذا في هامش (ب) وفوقها (ص) وقد ذكر الناسخ هناك أن حرف (ص) يعني به (خط المصنف) وفي صلب النسخة (ب) (خيانة) كما في الأصل و(د) .

قاله القاضي (الحسين)[1] وصاحب التهذيب . ثم هذا قسمان :

أحدهما لازم من جهة الموجب جائز من جهة القابل كما (ذكرنا)[2] ، وعكسه ويتصور في الهبة للأولاد .

الخامس لازم من أحدهما وفي الآخر خلاف ، كالنكاح لازم من جهة المرأة وفي الزوج وجهان :

أحدهما : جائز لقدرته على الطلاق ، وأصحهما لازم كالبيع ، وقدرته على الطلاق ليست (تجوزاً إنما)[3] هو تصرف في المعقود عليه ، ولا يلزم منه الجواز كما أن المشتري يملك التصرف في المبيع ، وقال الشيخ أبو حامد والقاضي أبو الطيب في تعليقه وابن الصباغ وغيرهم أنه الصحيح .

ومنهم من قسمها كما قال الروياني إلى خمسة أقسام[٤٣] :

-ما لا يلزم ولا يفضي إلى اللزوم وهي خمسة :

الوكالة والشركة والقراض والعارية والوديعة،والخيار فيها مؤ بد . ولو شرطاً إسقاطه بطلت .

- وما لا يلزم في الحال ويفضي إلى اللزوم وهي خمسة :

الجعالة،والعتق بعوض،واستهلاك المال (بالضمان)[4] ، كقوله ألق متاعك في البحر وعلى قيمته ، والقرض،والهبة.فيكون الخيار لهما قبل اللزوم دون ما بعده لو

(١) في (د) أي - ولم تذكر كلمة (الحسين) ويمكن أن تكون العبارة (أي الحسين) .
(٢) في (ب) (ذكرناه) .
(٣) في (ب) (فسخا وإنما) وفي (د) (مجازاً بما) . (٤٣) المذكور هنا أربعة .
(٥) في (د) (والضمان) .

شرطا إسقاطه أو إثباته (بطلت)[1] .

- وما يلزم من أحد الطرفين وهو ثلاثة :

الرهن والضمان والكتابة ، وان شرطا الخيار في الجهة التي لا خيار فيها أو اسقاطه في جهة الاختيار بطلت .

- وما يلزم من الطرفين كالبيع والاجارة .

وهنا (تنبيهات)[2]:

الأول :

أن القسمة في الحقيقة ثلاثيه :لازم من الطرفين،جائز منهما،لازم من أحدهما جائز من الآخر ، وأما الرابع وهو الذي تقتضيه القسمة العقلية وهو ما ليس لازما ولا جائزا ، فعقيم لا يتصور اذ العاقد اما أن يملك فسخ العقد مطلقا (اولا)[3] فالأول الجائز والثاني اللازم . ولهذا شرع فيه الخيار والاقالة دون الأول لما ذكرنا .

الثاني :

أن القضاء من العقودالجائزة ومع ذلك لو عزل القاضي نفسه لا ينعزل ، الا بعلم من قلده ، حكاه الرافعي عن الماوردي ، والذي في الحاوي أنه لا يجوز الا بعد اعلام الامام واعفائه .

الثالث :

من حكم اللازم أن يكون المعقود عليه معلوما مقدورا على تسليمه في الحال

---

(١) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .
(٢) في (د) (تنبيهان) . (٣) في (د) (وإلا) .

والجائز قد لا يكون كذلك ، وكالجعالة تعقد على رد الآبق . واللازم من الطرفين لا يثبت فيه خيار مؤ بد ، ولا ينفسخ بموتهما أو (بموت)[1] أحدهما أو بجنونه أو اغمائه والجائز بخلافه .

نعم إن كان الجائز يؤ ول الى اللزوم انفسخ كالبيع في زمن الخيار ينتقل للوارث .

وأما الكتابة الفاسدة فتبطل بجنون السيد واغمائه دون العبد في الأصح مع أنها جائزة من جهته ومصيرها الى اللزوم ، وانما خرجت عن القاعدة ، لأن العبد لا يتمكن من فسخ الكتابة مطلقا ، وإنما يعجّز نفسه ، وإذا لم يملك الفسخ لم يؤ ثر جنونه .

الرابع :

ما المعنى بقولهم آيل الى اللزوم؟ لأن كل جائز يؤ ول الى اللزوم اذا لم يتفاسخا .

(والجواب)[2] أن المراد آيل بنفسه كالبيع فانه يلزم بنفسه عند انقضاء الخيار لا بفعل فاعل بخلاف الكتابة من جهة العبد فانها جائزة ابتداء الى أن يريد دفعها .

(الخامس) :[3]

العقود الجائزة اذا اقتضى فسخها ضررا على الآخر امتنع وصارت لازمة .

ولهذا قال النووي:للوصي عزل نفسه ، الا أن يتعين عليه أو يغلب على ظنه

---

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (موت) .
(٢) هكذا في (ب، د) وفي الأصل (الخامس) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (السادس) .

تلف المال باستيلاء ظالم من قاض (وغيره)[1] .

قلت ويجري مثله في الشريك والمقارض ، وقد قالوا في (العامل)[2] ، اذا فسخ القراض عليه التقاضي والاستيفاء ، لأن الدين ملك ناقص وقد أخذ منه كاملا فليرد ، كما أخذ ، وظاهر كلامهم أنه لا ينعزل حتى ينضّ المال ويعلم به المالك، وجوزوا له البيع بعوض ويشتري به[3] (الصحاح)[4] ، واذا كان رأس المال منه .

الاعتبار الثاني

العقد اما مالي من الطرفين حقيقة كالبيع والسلم أو حكما كالاجارة ، فان المنافع تنزل منزلة الأموال .

ومثله المضاربة والمساقاة

أو غير مالي من الطرفين ، كما في عقد الهدنة إذ المعقود عليه في الطرفين كف كل منهما عن (الاغراء)[5] بين المسلمين وأهل الحرب ، وكعقد القضاء .

أو مالي من أحد الطرفين كالنكاح ، والخلع والصلح عن الدم والجزية .

وغير (المالي)[6] من الطرفين أشد لزوما من المالي فيهما اذ يجوز في المالي فسخه (بعيب)[7] في العوض ، كالثمن والمثمن ، كما في خيار العيب ، وغير

(١) في (ب) أو غيره .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المعامل) .
(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .
(٤) في صلب النسخة (ب) (الصحيح) وفي هامشها (الصحاح) ، كما في الأصل و(د) وفوقها (صح) .
(٥) في (د) (الآخر) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ما لي) .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (كعيب) .

(المالي)[1] لا يفسخ أصلا ، الا (لحدوث)[2] ما يمنع الدوام .

وينقسم المالي الى محض وغيره . فيقولون معاوضة محضة وغير محضة ، فالمحضة (التي)[3] يكون المال فيها مقصودا من الجانبين ، والمعاوضة غير المحضة لا تقبل التعليق الا في الخلع من جانب المرأة (نحو ان طلقتني فلك ألف)[4] .

الأعتبار الثالث

حيث اعتبر العوض في عقد من الطرفين أو من أحدهما فشرطه أن يكون معلوما كثمن المبيع وعوض الأجرة الا في الصداق وعوض الخلع ، فان الجهالة فيه لا تبطله لأن له (مردا)[5] معلوما وهو مهر المثل . وقد يكون في حكم المجهول كالعوض في المضاربة (والمساقاة)[6] .

وهنا أمران :

أحدهما : هل يكتفي بالعلم الطارىء في حريم العقد هو على ثلاثة أقسام (أحدها)[7] مالا يكتفي به قطعا وهو القراض والقرض .

(والثاني)[8] مالا يكتفي به في الأصح ، كالبيع بثمن مجهول يعلم (مما)[9] بعد كالبيع بما باع به فلان فرسه ونحوه ، والأصح أنه يبطل ولا ينقلب صحيحا بمعرفته في المجلس وقيل يصح اذا حصلت فيه المعرفة ولم يحكوا مثله في القراض ،

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (مالي) .

(٢) في (د) (الحدوث) .

(٣) في (د) (وصلب النسخة (ب) الذي ، وفي هامش (ب) (التي) كما في الأصل وفوقها (ص) .

(٤) في (ب) (لجواز طلقني ولك ألف) وفي (د) (بجواز طلقني ولك ألف) .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل [مراداً] .

(٦) في (د) (والمسابقة) .

(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثاني) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الثالث) .

(٩) في (ب ، د) (فيما) .

لأنه لا حريم له .

(الثالث)[1] ما يكتفي به [2] في الأصح كالشركة (لا)[3] يشترط العلم بقدر النسبتين في المال (المختلط)[4] من كونه مناصفة أو مثالثة في الأصح ، إذا أمكن معرفته من بعد .

ثانيهما : هل يكفي معاينة الحاضر عن معرفة قدره هو على (ثلاثة)[5] أقسام

أحدها: ما يكفي قطعا كالبيع والصداق والخلع .

الثاني : ما يكفي على الأصح كالسلم وفيه قولان أصحهما نعم ، وإنما جرى الخلاف فيه ، لأن الفسخ يطرقه غالبا ، وحيث اتفقا وتنازعا في قدره صدق المسلم اليه ، وفي الاجارة طريقان أحدهما على هذين القولين ، والمذهب القطع بالجواز .

الثالث : مالا يكفي قطعا وهو رأس المال في القراض دفعا لجهالة الربح ، وكذلك القرض لا يصح جزافا لئلا يمتنع عليه الرد .

والحاصل أن الحاضر المجهول القدر يكتفي به في بيوع الأعيان قطعا ولا يكتفي به في القراض ولا القرض قطعا وفي رأس مال السلم ورأس مال الشركة قولان ، وفي الأجرة طريقان ان ألحقناها بالثمن المعين لم يشترط معرفة القدر قطعا وان ألحقناها بالسلم جرى القولان .

والضابط لذلك أن ما كان من (المعاوضات)[6] التي لا يطرقها الفسخ غالبا

---

(١) هكذا في (ب ، ن د) وفي الأصل (ثانيهما) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (فيه) .
(٣) في (د) (ولا) .
(٤) في (د) (المخلوط) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في (د) وساقطة من الأصل (ب) .
(٦) هذه الكلمة ساقطة من (د).

لا تحتاج الى معرفة قدر الحاضر ، وما كان من غيرها اعتبر معرفة الحاضر وما كان يطرقه الفسخ (ويحتاج)[1] الى معرفة ما يرجع اليه (ولم)[2] يعقد ليفسخ ففيه الخلاف .

الاعتبار الرابع :

ينقسم أيضا إلى ما يشترط فيه الايجاب والقبول (لفظا)[3] من الطرفين كالبيع والاجارة ، الا اذا (اكتفينا)[4] بالمعاطاة ، والى ما يشترط (فيه)[5] الإيجاب ويكفي القبول بالفعل تصرفا كالوكالة في الأصح ، وكذلك الوديعة والجعالة ، والى ما يكفي فيه لفظ أحدهما مع فعل الآخر في الأصح وهو العارية فيقول اعرتك فيتناوله أو يقول أعرني فيناوله ، ومثله الوديعة ، وكل ما يشترط فيه القبول فعلى الفور ، الا الوصية في الأصح .

الاعتبار الخامس :

ينقسم أيضا الى ما يرد على (العين قطعا)[6] كالبيع بأنواعه ،والى ما يرد على المنافع (في)[7] الأصح كالاجارة .

ولهذا قالوا : هي تمليك المنافع بعوض ، (وقال)[8] أبو اسحاق المعقود عليه العين ليستوفى منها المنفعة ، وزعم الرافعي أن الخلاف لفظي وليس

---

(١) في (ب) و(د) (يحتاج) .
(٢) في (ب) (وما) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (قطعا)
(٤) في (د) (إكتفيا) .
(٥) هذه الكلمة ذكرت في هامش (ب) وساقطة من صلبها ومن الأصل و(د) .
(٦) في (د) (العين ليستوفى منها المنفعة قطعاً) فالكلام الذي ذكره الناسخ هنا بين كلمة (عين) وكلمة (قطعا) سيأتي فيما بعد فذكره هنا خطأ من الناسخ .
(٧) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (على) .
(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (قال) .

كذلك ، ومن فوائده اجارة الكلب للصيد وغيره .

(ومن)[1] ذلك النكاح وفيه خلاف غريب حكاه (صاحب المحيط)[2] ان المعقود عليه منافع البضع ، لأنها المستوفاة أو عين المرأة ، لأن الاطلاق شرط (في)[3] صحته وجهان ، (والحق)[4] أن الزوج يملك الانتفاع لانفس المنفعة بدليل أنها لو وطئت بالشبهة كان المهر لها لا له .

[الاعتبار] السادس[5]

ينقسم أيضا الى مالا يشترط القبض في لزومه وما ليس كذلك .

والضابط أن (ما)[6] كان القبض فيه من مقتضى العقد وموجبه فانه يلزم من غير قبض كالبيع والاجارة والصداق والخلع .

ومثله الوقف (على المذهب وأغرب المرعشي والجوري فحكيا قولين في اشتراط القبض اذا كان الوقف)[7] على معين ، وما كان القبض فيه من تمام العقد فلا يلزم الا بالقبض ، كالرهن لا يلزم من جهة الراهن الا باقباضه ، وكذلك الهبة لا تملك الا بالقبض على المذهب وتكون الزوائد قبله للواهب ، وكذا القرض لا

---

(١) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (من) .

(٢) هو صاحب البحر المحيط في شرح البسيط وهو الشيخ نجم الدين أبو العباس أحمد بن محمد بن أبي الحزم مكي القامولي المتوفى سنة سبع وعشرين وسبعمائة عن ثمانين سنة - انظر طبقات ابن السبكي جـ ٥ ص ١٧٥ - البداية والنهاية جـ ١٤ ص ١٣١ - بغية الوعاة جـ ١ ص ٣٨٣ - الدرر الكامنة جـ ١ ص ٣١٦ - حسن المحاضرة جـ ١ ص ٢٣٩ - كشف الظنون جـ ١ ص ٦١٣ وجـ ٢ ص ٢٠٠٨ .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والأصح) .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصح (الخامس) .

(٦) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٧) ما بين القوسين ساقط من (د) .

يملك الا بالقبض في الأصح ، والثاني بالتصرف ، وأما العارية فيتجه أن يقال أنها هبة للمنافع فلا تملك بدون القبض ، وان قلنا اباحة فلا تملك كطعام الضيف ثم ما اشترط فيه القبض فانه يضيق فيه لبنائه على الاحتياط فيكون من (الجانبين كالربويات)[1] وتارة يكون من أحدهما كالسلم فاذا تفرقا قبل قبض رأس مال السلم بطل .

وأيضا فمنه ما يشترط فيه القبض الحقيقي ولا يكفي الحكمي وهو الصرف والسلم . ولهذا لا تكفي الحوالة ولا الابراء .

ومنه ما يكفي فيه القبض الحكمي ، كما اذا أثبت صيد ووقع [2] في شبكته فانه يملكه وان لم يأخذه ، ولهذا يجوز [له] بيعه قبل أخذه ، وصرح الرافعي عن القفال بأنه اذا أفلته كان في قبضه حكما .

ومنه الأرزاق التي يخرجها السلطان للناس يملكونها قبل الأخذ ، اذا صدر منهم ما يقتضي التمليك ، ولهذا كان الصحيح جواز بيعها قبل قبضها فان لم يوجد ذلك لم يصح . ولهذا قالوا في كتاب السير ان افراز الامام لا يملكون (به)[4] قبل اختيار التملك على الأصح ، وقالوا في كتاب (السلم)[5] يجوز جعل رأس المال منفعة دار أو عبد مدة معلومة ، ويتعين بقبض العين ، قال ابن الرفعة ، لأنه لما تعذر القبض الحقيقي اكتفينا بهذا الممكن وفيه نظر لما سبق أن (السلم)[6] لا يكفي فيه القبض الحكمي . ولو رجع الاب فيما وهبه لولده ملكه وان لم يقبضه . ولهذا كان (له بيعه)[7] قبل استرداده .

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الجانبين كان كالربوبات) .

(٢) في (ب ، د) أو وقع .

(٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ود) وساقطة من الأصل .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب) وساقطة من الأصل و(د) .

(٥) في (د) (السير) .

(٦) في (د) (المسلم) .

(٧) في (د) (منفعته) فكلمة (له) ساقطة من (د) وكلمة (بيعة) هي في (د) منفعته .

(تنبيه)[1] :

من هذه العقود ما يكون القبض فيه معتبرا للزومه واستمراره لا لانعقاده وهو الصرف والسلم بدليل ثبوت (خيار)[2] المجلس فيه قبل التقابض .

ومنه ما يكون القبض فيه شرطاً للصحة كالهبة فان العقد فيها (لا يوصف قبل)[3] القبض بهبة ولا عدمها ، كما قبل القبول .

والفرق بينهما أن آثار العقد الصحيح وجدت هناك من ثبوت الخيار وحرمة التفرق قبل (التقابض)[4] ، والملك في زمن الخيار (وعدمه)[5] بخلاف عقد الهبة فانه لا يترتب عليه آثاره قبل القبض وقد تعرض في المطلب في كتاب الهبة لفرق ضعيف فاذا لم يحصل القبض في الهبة فلا عقد ومن تجوز وقال بطل العقد ، فهو كما يقال اذا لم يقبل المخاطب بطل الايجاب فهذا بطلان ما لم يتم لا بطلان ما تم .

[الاعتبار] السابع

ينقسم أيضا الى (ما يوجد)[6] فيه مقصود واحد والى ما يجمع أمرين مختلفين فصاعدا كبيع حقوق الاملاك (وكبيع)[7] رأس الجدار أو سطحه للبقاء عليه ونحوه والأصح أن فيه (شوب)[8] بيع واجارة ، أما البيع فللتأبيد ، وأما الاجارة فان (المستحق به منفعة)[9] (فقط)[10] .

---

(١) في (د) (قلت) .
(٢) هكذا في (د) وفي الأصل و(وب) (الخيار) .
(٣) في (د) (لاي يوصف بحل قبل) .
(٤) في (د) (القبض) .
(٥) في (ب) (وغيره) .
(٦) في (د) (ما لم يوجد)
(٧) في (ب،د) (كبيع) .
(٨) في (د) (ثبوت) .
(٩) في (ب ، د) (المستحق منفعة) .
(١٠) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

ومنه القراض قال المتولي ابتداؤه يشبه الوكالة بالجعل وانتهاؤه يشبه الشركة على قولنا يملك حصته بالظهور ويشبه الجعالة ان قلنا يملك (بالقسمة)[1]

ولو قال اشترى لي عشرة أمداد من مالك قال الصيمري في تحقيق هذه المعاملة وجهان أحدهما قرض فيه وكالة والثاني وكالة فيها قرض ، (وقال)[2] غيره (الشراء)[3] فاسد ، وعلى هذا لو دفع اليه ألفا ، وقال أقرضتك (ومهما)[4] فتح الله فيه من فائدة كان بيننا فعلى وجه قرض فاسد (وعلى وجه قراض فاسد)[5] ذكره الشاشي .

[الاعتبار] الثامن :

ينقسم أيضا الى ما يترتب عليه مقصوده وهو الصحيح ، والى مالا يترتب عليه مقصوده (وهو الفاسد)[6] وسيأتي في حرف الفاء ، الا أن من العقود ما حكموا بصحتها ومع ذلك لم يرتبوا عليها المقصود وذلك فيما اذا استأجر الكافر مسلما اجارة عينية فانهم صححوا العقد في الأصح ومع ذلك قالوا يؤمر بازالة ملكه عن المنافع في الحال . ومثله لو حلف على فعل حرام انعقدت يمينه ولزمه الحنث والكفارة .

واعلم ان العقود الفاسدة نوعان :

أحدهما : الجائزة كالشركة والوكالة والمضاربة ففاسدها لا يمنع نفوذ التصرف فيها بالاذن ، لكن خصائصها تزول بفسادها فلا يصدق عليها اسماء العقود الا

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (بالقيمة) .
(٢) في (ب ، د) (قال) .
(٣) في (ب ، د) (والشراء) .
(٤) في (ب ، د) (مهما) .
(٥) ما بين القوسين ساقط من (د) .
(٦) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (وهو الصحيح وهو الفاسد) وهو وهم من الناسخ » .

مقيدة (بالفاسد)[1] .

والثاني : اللازمة تنقسم الى ما (لا)[2] يتمكن العبد من الخروج منه بقوله، كالاحرام الصحيح في لزوم الاتمام وكذلك الكتابة والخلع يترتب عليهما الطلاق والعتق .

وإلى ما يتمكن كالبيع الفاسد فلا يترتب عليه شيء من أحكام الصحيح . فان قيل هلا قلتم ان التصرف في البيع الفاسد مستند[3] الى الأذن كما في العقود الجائزة اذا (فسدت)[4] .

قيل: لا يصح، لوجهين :

أحدهما : أن (البيع)[5] وضع لنقل الملك بالاذن وصحة التصرف فيه مستفادة [6] من الملك لا من الاذن بخلاف الوكالة فانها موضوعة للاذن .

(وثانيهما)[7] : أن الاذن في البيع مشروط بسلامة عوضه فاذا لم يسلم العوض انتفى الاذن ، والوكالة اذن مطلق بغير شرط .

[الاعتبار] التاسع :

لا يجوز أن يجمع على العين عقدان لازمان في محل واحد ويجوز باعتبارين . واعلم أن ايراد العقد على العقد ضربان :

(الاول)[8] أن يكون قبل لزوم الأول واتمامه فهو ابطال للأول ان صدر من

---

(١) في (ب ، د) (بالفساد) .
(٢) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٣) في (د) (مسند) .
(٤) في (د) (أسندت) .
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (المبيع) .
(٦) في (ب ، د) (مستفاد) .
(٧) في (د) (ثانيهما) .
(٨) في (ب ، د) (أحدهما) .

البائع ، كما لو باع المبيع (في)[1] زمن الخيار ، أو آجره أو أعتقه فهو فسخ ، وامضاء للأول ان صدر من المشتري هذا (اذا أقبضه)[2] فلا يصح (بيع)[3] المبيع قبل قبضه ، ولو من البائع في الأصح .

الثاني : أن يكون بعد لزومه وتمامه وهو ضربان .

الأول : أن يكون مع غير العاقد الاول ، فان كان فيه (ابطال)[4] لحق الأول (لغا)[5] ، كما (اذا)[6] رهن داره ، ثم باعها بغير اذن المرتهن ، وكذا لو آجرها مدة (يحل)[7] الدين قبل انقضائها ، وان لم يكن فيه (ابطال)[8] للأول صح على الأصح ، كما لو آجر داره ثم باعها من (آخر)[9] يصح ، فان مورد البيع العين والاجارة المنفعة ، وبهذا يضعف قول ابي اسحاق أن المعقود عليه في الاجارة العين ، ولا تنفسخ الاجارة قطعا ، كما لا ينفسخ النكاح ببيع الامة المزوجة من غير الزوج فتبقى في يد المستأجر حتى تنقضي المدة ويتخير المشتري ان جهل ولا أجرة (له)[10]

الثاني : أن يكون مع العاقد الأول ، فاذا كان (موردهما)[11] مختلفا صح قطعا ، كما لو أجر داره ثم باعها من المستأجر صح ، ولا تنفسخ الاجارة (في)[12] الأصح ، بخلاف ما لو تزوج بأمة ثم اشتراها يصح وينفسخ النكاح ، قالوا لأن ملك اليمين أقوى من ملك النكاح فسقط الأضعف بالأقوى واستشكله الرافعي بأن هذا موجود في الاجارة ، وكما (لو)[13] رهنه دارا (ثم أجرها منه فانه يجوز ولا

---

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د) .

(٢) في (ب) (إذا قبضه) و(د) [قبضة] بسقوط (إذا) .

(٣) في (د) (مع) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (إبطالاً) .

(٥) هذهالكلمة ذكرت في (ب ود) وساقطة من الأصل .

(٦) في (د) (لو) .

(٧) في (ب ود) (فحل) .

(٨) في (د) (إبطالاً) .

(٩) في (ب ود) (أجنبي) .

(١٠) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(١١) في (ب ، د) (موردها) .

(١٢) في (د) (على) .

(١٣) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

يبطل به الرهن جزم به الرافعي في كتاب الرهن ، قال وهكذا لو كان)[1] (مُكرىً)[2] منه ثم رهنه يجوز ، لأن أحدهما ورد على محل غير الآخر فان الاجارة على المنفعة والرهن على الرقبة .

وان كان موردهما واحدا ، كما لو استأجر زوجته لارضاع ولده ، فقال العراقيون لا يجوز ، لأنه يستحق الانتفاع بها في تلك الحالة فلا يجوز أن يعقد عليها عقدا آخر يمنع استيفاء الحق ، والأصح كما (قاله)[3] الرافعي في باب النفقات أنه يجوز ويكون الاستئجار من حين يترك الاستمتاع .

ولو استأجر انسانا للخدمة شهرا فلا يجوز أن يستأجر تلك المدة لخياطة ثوب أو عمل آخر ذكره الرافعي في النفقات واقتضى كلامه أنه لا خلاف .

ومنه يؤخذ امتناع استئجار العكامين (على)[4] الحج . وهذا من قاعدة شغل المشغول ولا يجوز بخلاف (شغل)[5] الفارغ .

[الاعتبار] العاشر :

ليس لنا عقد يختص بصيغة الا (شيئين)[6] النكاح والسلم . ولهذا لو قال اشتريت منك ثوبا صفته (كذا)[7] بهذه الدراهم انعقد بيعا على الأصح .

[الاعتبار] الحادي عشر :

العقود الجارية بين المسلمين محمولة على الصحة ظاهرا الى أن يتبين خلافه .

---

(١) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في (ب ، د) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (تكرى) .
(٣) في (د) (قال) .
(٤) في (د) (عن) .
(٥) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٦) في (د) (ثنتين) .
(٧) في (ب) (بكذا) .

ولهذا اذا اختلفا في الصحة والفساد صدق مدعى الصحة ، قال الشيخ تقي الدين بن دقيق العيد ومن ذلك أن الحاكم اذا حكم في واقعة وثبت (عنده ذلك)[1] ولم يذكر أنه استوفى الأوضاع الشرعية في حكمه (أنه يعمل)[2] . بحكمه اذا كان حاكما شرعيا ، ولا يتوقف الى حيث (يثبت)[3] أن حكمه وفق الشرائط ، قال وهذه المسألة أبعد درجة من (التي)[4] قبلها (إلا أن)[5] التي قبلها (تشترك)[6] مع الواقعة التي وقع عليها في كونها (عقدا) [7] .

* العمل يتعلق به مباحث *

الأول :

كلما كثر وشق كان أفضل مما ليس كذلك ، وفي حديث عائشة (رضي الله عنها)[8] (أجرك على قدر نَصَبك .رواه مسلم

ولهذا كان فصل الوتر أفضل من وصله . ومن ثم احتج المزنى (رحمه[9] الله) على أفضلية القران على الأفراد (بأن)[10] ما كثر عمله كان أفضل ثوابا ورد بأنه إنما يفضله اذا حج في سنة واعتمر في أخرى .

---

(١) في (ب ، د) (ذلك عنه) .
(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أن يحكم) .
(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (ثبت) .
(٤) في (د) (الذي) .
(٥) في (ب ، د) (رن) .
(٦) في (د) (شترط) .
(٧) في (د) (عقد) .
(٨) هذه الجملة الدعائية لم تذكر في (د) .
(٩) هذه الجملة الدعائية ذكرت في (ب) .
(١٠) في (ب ، د) (فان) .

وقد يفضل العمل القليل على الكثير في صور :

احداها[1] القصر أفضل من الاتمام (على المشهور)[2] اذا بلغ ثلاث مراحل
وقد يفضل الاتمام على القصر في صورتين :

احداهما : ما وقع الخلاف فيه في جواز القصر .

الثانية : اذا قدم من السفر الطويل وبقي بينه وبين مقصده دون ثلاثة أيام فان الاتمام أفضل كذا قاله المحب الطبري وهو ضعيف . (فانه صلى الله عليه وسلم لما خرج في حجة الوداع لم يزل يقصر حتى رجع الى المدينة)[3] .

الثانية :

الضحى اذا قلنا أكثرها ثنتا عشرة فان فعلها ثمانيا أفضل لاجل التأسي بفعل النبي صلى الله عليه وسلم .

الثالثة :

الوتر بثلاث أفضل منه بخمس أو سبع أو تسع على ما قاله في البسيط وفرض الخلاف في المفاضلة بين الواحدة (وبين الثلاث)[4] ، والاحدى عشرة ، (وقال لم)[5] يصر أحد الى تفضيل في الزيادة على الثلاث ، بل حملوا الأحاديث فيه على

---

(١) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أحدها) .
(٢) هاتان الكلمتان سقطتا من (ب ، د) .
(٣) في صحيح البخاري فتح الباري جـ ٢ ص ٤٤٩ وص ٤٥٠ جاء ما يلي عن يحيى ابن إسحاق قال سمعت أنساً يقول خرجنا مع النبي صلى الله عليه وسلم من المدينة إلى مكة فكان يصلي ركعتين ركعتين حتى رجعنا إلى المدينة قلت أقمتم بمكة شيئاً قال أقمنا بها عشراً . هذا وانظر سنن أبي داود ـ المنهل العذب جـ ٧ ص ٩٢ ـ وابن ماجه جـ ١ ص ٣٤١و ٣٤٢ ـ والنسائي جـ ٣ ص ١٢١ .
(٤) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (والثلاث) .
(٥) في (ب) (قال ولم) .

بيان الجواز وليس كما قال .

الرابعة[1] :

الصلاة مرة في الجماعة أفضل من فعلها وحده خمسا وعشرين مرة .

الخامسة :

ركعة الوتر أفضل من ركعتي الفجر (على)[2] الجديد ، بل من (التهجد)[3] في الليل ، وان كثرت ركعاته ذكره في المطلب قال ولعل سبب الفضل انسحاب[4] حكمها على ما تقدمها .

السادسة :

تخفيف ركعتي الفجر أفضل من تطويلهما[5] .

السابعة :

صلاة العيد أفضل من صلاة الكسوف مع أن صلاة الكسوف أشق وأكثر عملا ، (الا أن)[6] وقت (صلاة)[7] العيد (فيه)[8] شرف فكان تعظيمه أرجح من مشقة كثرة العمل في الكسوف ، ولأن العيد مؤقت فأشبه الفرائض بخلاف الكسوف ، فانه لا وقت له وإنما شرع لسبب في أي وقت كان .

---

(١) في (د) (الرافعي) .
(٢) في (ب) (في) .
(٣) في (د) (المتهجد) .
(٤) في (د) (إستصحاب) .
(٥) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (تطويلها) .
(٦) في (ب) (لأن) .
(٧) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(٨) في (د) به) .

الثامنة :

التصدق بالأضحية بعد أكل لقم يتبرك بها أفضل من التصدق بجميعها .

التاسعة :

الجمع بين المضمضة والاستنشاق (بثلاث غرف)[1] أفضل من الفصل (بينهما)[2] بست غرفات .

العاشرة :

قراءة سورة (قصيرة في الصلاة)[3] أفضل من قراءة بعض سورة ، وان طالت كما قاله المتولي واقتضاه اطلاق الرافعي ، وإن كانت عبارة الروضة تخالفه ، ووجه الأول انه المعهود من فعله صلى الله عليه وسلم غالبا ولم يحفظ عنه البعض الا في موضعين ، قراءة الأعراف في المغرب وقراءة الآيتين من البقرة وآل عمران في ركعتي الفجر .

وأما قوله صلى الله عليه وسلم من قرأ القرآن فله بكل حرف عشر حسنات[4] فإنا نقول في التأسي بفعله صلى الله عليه وسلم ما يربو على هذه الحسنات ، ولهذا نقول:قراءة البعض في ركعتي الفجر أفضل من قراءة سورتين كاملتين ما عدا سورتي)[5] الاخلاص (والكافرون)[6] .

---

(١) هاتان الكلمتان سقطتا من (د) .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (منهما) .

(٣) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (في الصلاة قصيرة) .

(٤) هذا الحديث أخرجه الدارمي في سننه جـ ٢ ص ٣٠٨ دار المحاسن للطباعة باللفظ التالي عن أبي الأحوص عبد الله قال تعلموا القرآن إنكم تؤجرون بتلاوته بكل حرف عشر حسنات أما اني لا أقول بألم ولكن بألف ولام وميم بكل حرف عشر حسنات .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل (سورة) .

(٦) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

الحادية عشرة [1] :

تفضل صلاة الصبح مع قصر ركعاتها على سائر الصلوات عند من يقول انها الوسطى ، وكذلك (العصر عند من جعلها الوسطى مع أنها أقصر من الظهر على ما جاءت به السنة وكذلك فضل)[2] ركعتي الفجر على مثلها من الرواتب .

واعلم أن الشيخ عز الدين (أنكر اطلاق)[3] كون الشاق أفضل وقال ان تساوي العملان من كل وجه كان الثواب على أكثرهما لقوله تعالى (فمن يعمل مثقال ذرة خيرا يره)[4] .

وضابط الفعل الشاق المؤجر عليه أن يقال اذا اتحد العملان في الشرف والشرائط والسنن ، وكان أحدهما شاقا فقد استويا في (أجريهما)[5] لتساويهما في جميع الوظائف (وانفراد)[6] احدهما بتحمل المشقة لأجل الله (تعالى)[7] فأثيب على تحمل المشقة لا على غير الشاق ، وذلك كالاغتسال في الصيف والشتاء سواء في الأفعال ويزيد أجر الاغتسال في الشتاء بتحمل مشقة البرد ، فليس التفاوت في نفس العملين ، بل فيما لزم عنهما ، وكذلك مشاق الوسائل في قاصد المساجد أو الحج أو العمرة من مسافة قريبة وآخر من بعيدة فان ثوابهما (يتفاوت)[8] بتفاوت الوسيلة ويتساويان من جهة القيام بأصل العبادة ، قال واما حديث عائشة رضي الله عنها أجرك على قدر نَصَبِك أو قال على قدر نفقتك ، فان كانت الرواية بالنفقة فواضح فان ما (ينفق)[9] في طاعة الله (تعالى)[10] يفرق بين قليله وكثيره وإن كانت

(١) في (د) (الحادي عشر) .
(٢) ما بين القوسين ساقط من (د).
(٣) في (د) (أطلق فكلمة) (أنكر) ساقطة من (د) وكلمة (إطلاق) هي في (د) (أطلق) .
(٤) سورة الزلزلة الآية رقم (٧).
(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (أجرهما) .
(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (وانفرد) .
(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .
(٨) في (د) (يتقارب) .
(٩) هذه الكلمة ساقطة من (د) .
(١٠) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

الرواية بالنصب فيجوز أن يكون التقدير على قدر (تحمل)[1] نصبك ، وقد قيل في بعض كتب الله (تعالى)[2] بعيني[3] ما يتحمل المتحملون من أجلي .

وأما إذا لم يتساو العملان فلا يطلق القول بتفضيل أشقهما بدليل الايمان أفضل الأعمال مع سهولته وخفته على اللسان ، وكذلك الذكر على ما شهدت به الأخبار ، وكذلك اعطاء الزكاة مع طيب نفس أفضل من (اعطائها)[4] (مع)[5] البخل ومجاهدة النفس ، (وكذلك)[6] جعل (النبي)[7] صلى الله عليه وسلم (الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام البررة وجعل (للذي)[8] يقرأه ويتعتع فيه وهو عليه شاق أجرين)[9]

قلت (ولذلك)[10] أجاب الامام أحمد أيضا لما سئل عن الرجل يشرع له وجه برّ فيحمل [11] نفسه على الكراهة وآخر يشرع له فيسر بذلك فأيهما [12] أفضل قال ألم تسمع قوله صلى الله عليه وسلم (من تعلم القرآن وهو كبير فشق

---

(١) في (د) (عمل) .

(٢) هذه الكلمة ذكرت في (د) ولم تذكر في الأصل و(ب) .

(٣) في (ب) (بعني) وساقطة من (د) .

(٤) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٥) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (من) .

(٦) في (ب ، د) (ولذلك) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

(٨) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (الذي) .

(٦) هذا حديث أخرجه مسلم والترمذي وأبو داود وابن ماجه والدارمي والبيهقي عن عائشة رضي الله عنها ولفظه في صحيح مسلم بشرح النووي جـ ٦ ص ٨٤ عن عائشة قالت قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (الماهر بالقرآن مع السفرة الكرام والبررة والذي يقرأ القرآن ويتعتع فيه وهو عليه شاق أجران) هذا وانظر صحيح الترمذي جـ ١١ ص ٢٨ و٢٩ - وسنن أبي داود - والمنهل العذب جـ ٨ ص ١٠٠ - وسنن ابن ماجه جـ ٢ ص ١٢٤٢ - والدارمي جـ ٢ ص ٣١٩ دار المحاسن للطباعة - وسنن البيهقي جـ ٢ ص ٣٩٥ .

(١٠) في (د) (وكذلك) .

(١١) في (د) (من يحمل) .

(١٢) في (د) (فليس كذلك فإنهما) .

عليه فله أجـران)[1] . و(هــذا)[2] ظاهــر في ترجيح المكره نفســه ، لان له (عملين)[3] (جهادا وطاعة)[4] أخرى ، ولـذلك كان له أجـران ، وهـذا قول جماعة من الصوفية وخالفهم (الجنيد)[5] في جماعة فقالوا:الباذل [6] لذلك طوعا أفضل وهو المختار ، لأن مقامه في طمأنينة النفس .

الثاني :

اذا تعارض العمل بين أن يكون أشرف في نفسه والآخر أكبر عددا فلا تطلق أفضلية أحدهما على الآخر ، وانما يختلف ذلك باختلاف مقاصد ذلك العمـل ، ولذلك قال (الامام)[7] الشافعي (رضي الله عنه)[8] التضحية بشاة سمينة (أفضل من التضحية بشاتين)[9] هزيلتين والاستكثار في القيمة في الأضحية أحب الى من استكثـار العـدد)[10] ، وفي العتـق بعكســه ، لأن المقصـود بهـا (اللحــم)[11] (والسِمـن)[12] أكثـر وأطيب والمقصـود من العتـق (التخلص)[13] من الـرق ،

(١) لم أعثر عليه

(٢) في (د) (هو) .

(٣) هكذا في (ب) وفي الأصل (محلين) وفي (د) (محملين) .

(٤) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (جهاد أو طاعة) .

(٥) هو أبو القاسم الجنيد بن محمد بن الجنيد النهوندي ثم البغدادي القواريري نسبة إلى بيع القوارير وهي الزجاج وهو الإمام شيخ الصوفية والزهاد والمبرز في العلم والعمل تفقه بأبي ثور أحد أصحاب الإمام الشافعي ببغداد وتوفي يوم السبت في شوال سنة ثمان وتسعين ومائتين ـ انظر حلية الأولياء جـ ١٠ ص ٢٥٥ ـ طبقات الصوفية ص ١٥٥ ـ طبقات ابن السبكي جـ ٢ ص ٢٦٠ ابن خلكان جـ ١ ص ٣٢٢ .

(٦) في (د) (وقالوا البارل) .

(٧) هذه الكلمة لم تذكر في (ب ، د) .

(٨) في (ب) (رحمه الله) وساقطة من (د) .

(٩) هكذا في (ب) وفي الأصل و(د) (أفضل من شاتين) .

(١٠) في صلب النسخة (ب) (الاستكثار في العدد) وفي هامشها (استكثار العدد) كما في الأصل و(د) وفوقها (ص) .

(١١) هذه الكلمة ذكرت في (د) (وساقطة من الأصل و(ب) .

(١٢) في (ب) (والسمين) .

(١٣) في (ب) (التخليص) .

وتخليص عدد أولى من واحد .

ومثل الأضحية الهدى والعقيقة ، وفي (سنن أبي داود حديث في تفضيل البدنة السمينة) نعم لو لم يجد في العقيقة للذكر الا ثمن شاة سمينة (قيمة)[1] مهزولتين ، فها هنا شراء المهزولتين أولى ، لأن العدد مقصود فيه على أنه قد (يشكل)[2] في العتق بقوله صلى الله عليه وسلم (خير الرقاب أنفسها عند أهلها وأغلاها ثمنا)[3] .

ومنها اذا تعارض صلاة ركعتين طويلتين وصلاة أربع ركعات في زمن واحد ، وعن أحمد بن حنبل ثلاث روايات ثالثها التسوية ومثله قراءة سورة واحدة بتدبر (والآخر)[4] يقرأ سورا عديدة في ذلك (الزمن)[5] والأقرب ترجيح (المتفكر)[6] على المسرع .

ومنها صلاة ركعتين من قيام أفضل من أربع من قعود .

الثالث :

العمل (المتعدي)[7] أفضل من القاصر .

ولهذا قال الاستاذ أبو اسحاق وامام الحرمين وأبوه وغيرهم بتفضيل فرض الكفاية على فرض العين ، لأنه أسقط الحرج عن الأمة ، وان كان في هذا الكلام

---

(١) في (ب ، د) (بقيمة) . (٢) في (ب) (يستشكل) .

(٣) لفظه في صحيح البخاري فتح الباري جـ ٥ ص ١١١ و١١٢ وهو عن أبي ذر رضي الله عنه قال سأل النبي صلى الله عليه وسلم أي العمل أفضل قال (إيمان بالله وجهاد في سبيله قلت فأي الرقاب أفضل قال أعلاها ثمناً وأنفسها عند أهلها . . . الخ) هذا وانظر صحيح مسلم جـ ٢ ص ٧٣ .

(٤) في (ب) (وآخر) .

(٥) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) وساقطة من الأصل .

(٦) في (ب) (المفكر) . (٧) في (ب) (بالتعدي) .

منازعة لما سبق في حرف التاء في تعارض الفرضين. واستنبط (ابن حبان)[1] في صحيحه من قوله صلى الله عليه وسلم (من دل على خير فله مثل أجر فاعله)[2] أن المؤذن يكون له مثل أجر من صلى بأذانه .

وقال الشافعي (رضي الله عنه)[3] الاشتغال بالعلم أفضل من صلاة النافلة . واعلم أن الشيخ عز الدين أنكر هذا الاطلاق أيضا وقال : قد [4] يكون القاصر أفضل كالايمان ، وقد قدم النبي صلى الله عليه وسلم التسبيح عقب الصلاة على الصدقة وقال خير أعمالكم الصلاة . وسئل أي الأعمال أفضل فقال ايمان بالله ، قيل ثم (ماذا)[5] قال جهاد في سبيل الله قيل ثم (ماذا)[6] قال حج مبرور[7] . وهذه كلها قاصرة .

قلت :الا الجهاد.ثم اختار تبعا للغزالي في الاحياء ان (فضل)[8] الطاعات على قدر

(١) هو أبو حاتم محمد بن حبان بكسر المهملة ابن أحمد بن حبان البستي بضم الباء الموحدة وإسكان السين المهملة وهو الإمام الحافظ مصنف الصحيح وغيره ـ ولد سنة ستين ومائتين وقيل سنة بضع وسبعين ومائتين وتوفي سنة أربع وخمسين وثلثمائة ليلة الجمعة قبل انتهاء شوال بثمانية أيام انظر طبقات ابن السبكي جـ ٣ ص ١٣١ ـ البداية والنهاية جـ ١١ ص ٢٥٩ واسمه فيها محمد بن أحمد ـ النجوم الزاهرة جـ ٣ ص ٣٤٢ ـ شذرات الذهب جـ ٣ ص ١٦ ـ ميزان الاعتدال جـ ٣ ص ٥٠٧ ـ لسان الميزان جـ ٥ ص ١١٢ .

(٢) هكذا في (ب ، د) وفي الأصل (من دل على خير فله أجر مثل فاعله) وهذا الحديث أخرجه ابن حبان في صحيحه عن أبي مسعود قال أتى رجل النبي صلى الله عليه وسلم فسأله فقال ما عندي ما أعطيك ولكن ائت فلاناً قال فأتى الرجل فأعطاه فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم (من دل على خير فله مثل أجر فاعله أو عامله) انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان جـ ١ ص ٢٢٥ إلى ٢٢٧ وصحيح الترمذي جـ ١٠ ص ١٤٠ و١٤١ ـ وسنن ابن داود جـ ٢ ص ٦٢٧ وهي النسخة التي بهامشها تعليقات الشيخ أحمد سعد علي .

(٣) في (ب) (رحمه الله) .

(٤) في (د) (قال وقد) .

(٥) هكذا في (ب،د) وفي الأصل (إذا)

(٦) هكذا في (د) وفي الأصل و(ب) (ذا).

(٧) في صحيح الترمذي جـ ٧ ص ١٥٨ و١٥٩ جاء ما يلي عن أبي هريرة قال سئل رسول الله صلى الله عليه وسلم أي الأعمال أفضل وأي الأعمال خير قال (إيمان بالله ورسوله قيل ثم أي شيء قال الجهاد سنام العمل قيل ثم أي شيء يا رسول الله قال ثم حج مبرور) هذا وانظر ما جاء في صحيح البخاري فتح الباري جـ ٣ ص ٤٥٧ والنسائي جـ ٥ ص ٥٨ وجـ ٨ ص ٩٣ و٩٤ ـ والمستدرك للحاكم جـ ١ ص ١٨٨ و١٨٠ .

(٨) في (ب) (أفضل) .

المصالح الناشئة عنها فتصدق البخيل بدرهم أفضل في حقه من قيام ليلة وصيام أيام

الرابع :

العمل ينقسم الى قلبي وبدني والقلبي أفضل ومن شرفه أنه لا (يدخله)[١] الرياء وإنما يدخل الأعمال الظاهرة ، والرياء آفة كل عبادة .

قال الحليمي ثبت بالكتاب والسنة أن كل عمل أمكن أن يراد به وجه الله (تعالى)[٢] (اذا لم يعمل لمجرد)[٣] التقرب به اليه (وابتغاء)[٤] رضاه حبط ولم يستوجب ثوابا الا (أن)[٥] فيه تفصيلا وهو أن العمل (اذا)[٦] كان فرضا فمن أداه وأراد به الفرض غير أنه أداه بنية الفرض ليقول (الناس)[٧] أنه فعل كذا لا طلبا لرضا الله سقط عنه الفرض ولم يؤ اخذ به في الآخرة ، ولم يعاقب بما يعاقب به تاركه البتة ، ولكنه لا يستوجب ثوابا ، وإنما ثوابه ثناء الناس عليه في الدنيا وان كان تطوعا ففعله يريد به وجه الناس ، فان أجره يحبط ولا يحصل من عمله على شيء يكون له ، كما حصل الأول سقوط الفرض ثم العقاب ، لأجل أنه عمل لغير الله (تعالى)[٨] .

الخامس :

الواجب يفضل المندوب بسبعين درجة كما رواه ابن خزيمة في صحيحه ، والظاهر أن السبعين ليست للحصر وفي الحديث الصحيح (لن يتقرب الى عبدي

---

(١) في (د) (يدخل) .
(٢) هذه الكلمة ذكرت في (ب ، د) (ولم تذكر في الأصل) .
(٣) في (د) (إذا تم العمل بمجرد) .
(٤) في (د) (واتبعنا) .
(٥) في (د) (لمن) .
(٦) في (ب ، د) (ان) .
(٧) في (د) (للناس) .
(٨) هذه الكلمة لم تذكر في (د) .

بمثل أداء ما افترضت عليه)[1] .

وزعم ابن عبد السلام والقرافي أن المندوب قد يفضل الواجب كمن وجب عليه شاة فأخرجها وتطوع بشاتين فان الشاتين أفضل ، وكذلك ابراء المعسر من الدين أفضل من أنظاره وأنظاره واجب لأن المصلحة الحاصلة للفقراء «بالشاتين »[2] أوسع ، وكذلك الابراء والصواب طرد القاعدة عملا بالحديث ، وقد أخرج النسائي « سبق درهم مائة ألف »[3] مع أن التوسعة بالألف أعظم منها بالواحد .

* علة الحكم *

إذا زالت وخلفها علة أخرى « استند »[4] « الحكم الى الثانية ولغت « الأولى »[5] .

ولهذا لو شهدا بطلاق رجعي ففرق القاضي ثم رجعا ثم قامت «بينهما بينه »[6] برضاع فلا رجوع .

---

(١) في صحيح ابن حبان جاء هذا الحديث باللفظ التالي عن أبي هريرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم (إن الله جل وعلا يقول من عادى لي وليا فقد آذاني وما تقرب إلى عبدي بشيء أحب إلي مما افترضت عليه . . . الخ)

انظر الإحسان في تقريب صحيح ابن حبان جـ ١ ص ٣٣٦ و٣٣٧ الطبعة الأولى .

(٢) في (ب) « في الشاتين » .

(٣) هذا الحديث أخرجه النسائي في سننه باللفظ التالي عن أبي هريرة أن رسول الله صلى الله عليهوسلم قال « سبق درهم مائة ألف درهم قالوا وكيف قال كان لرجل درهمان تصدق بأحدهما وانطلق رجل إلى عرض ماله فأخذ منه مائة ألف درهم فتصدق بها» وفي سنن النسائي رواية أخرى عن أبي هريرة قريبة من هذه انظر سنن النسائي في الروايتين حـ ٥ ص ٥٩ .

(٤) في (د) « أسند » .

(٥) في (ب) « الأخرى » .

(٦) في (ب) و(د) « بينة بينهما » .

ومنها لو قذفه فزنى سقط الحد ، نعم لو جرحه وهو مسلم فارتد ومات لم يسقط أرش الجراحة .

* العـــول *

زيادة السهام والرد : نقيضها [1] ، وقد ذكره اصحاب في ثلاثة أبـواب : الفلس والفرائض والوصايا اذا أوصى بنصف ماله لزيد «وبنصف» [2] ماله لعمرو وبنصف ماله لبكر قسم بينهم أثلاثا .

ويجيء في رابع وهو الوقف على ما قاله الماوردي فيما لو قال وقفت هذه الدار على زيد وعمرو ، «لزيد» [3] نصفها ولعمرو ثلثاها فيأتي فيه العول ، ولو قال على أن لزيد نصفها ولعَمرٍو ثلثها فيأتي فيه الرد وهو غريب .

ويجيء العول في خامس وهو الطلاق لو قال أنت طالق ثلاثة أنصاف طلقة فان الأجزاء مضافة الى الطلقة الواحدة [4] وكأنه قال ثلاثة أجزاء طلقة فتقع طلقة .

ولو خلف ألفا فادعى واحد على الوارث أنه وصي له بثلث ماله وآخر الألف دينا «فصدقهما» [5] ، فان صدق مدعى الدين أولا فذاك أو مدعى الوصية «فوجهان أحدهما يقدم لتقدمها والثاني الـدين كما هو وضـع الشرع وان صدقهما [6] معـا فوجهان أحدهما وعزي للأكثرين أنه يقسم الألف أرباعا اذ يحتاجها للدين وثلثها للوصية «فتزاحما» [7] على الألف .

(١) في (ب) « نقيضها » .

(٢) في (ب) « ونصف » .

(٣) في (ب) « ولزيد » .

(٤) في (د) « الواجبة » .

(٥) في (ب) و(د) « وصدقهما » .

(٦) ما بين القوسين ساقط من الأصل ومذكور في صلب (ب) (وهامش (د) .

(٧) في (د) « فيتزاحما » .

فيخص الوصية بثلث عايل وهو الرابع ، والثاني وبه قال الصيدلاني يقدم الدين كما لو ثبت بالبينة ، قال الرافعي في باب الاقرار وهو الحق وفي هذا «الفرع »[1] لغزٌ وهو تقديم الوصية على الدين على قول الأكثرين .

ولو عدم بعض الأصناف ومنعنا النقل رد على الباقين وقيل ينقل .

* العيوب المعتبرة شرعا ثمانية أقسام *

الأول ـ عيب «المبيع »[2] وهو ما «نقص »[3] المالية ومثله الهبة بعوض .

الثاني ـ عيب الاجارة «وما »[4] يؤثر في المنفعة تأثيرا يظهر تفاوت الأجرة به .

الثالث ـ عيب الغرة كالبيع .

الرابع ـ عيب الكفارة ما أضر بالعمل والاكتساب إضرارا بينا .

الخامس ـ عيب الأضحية والهدى والعقيقة ما ينقص اللحم .

السادس ـ عيب النكاح ما ينفر عن الوطء «يكسر شهوة التواق »[5] .

السابع ـ عيب الصداق اذا طلق قبل الدخول وقد تعيب بما يفوت به غرض صحيح .

الثامن ـ عيب الزكاة قيل كالأضحية .

العيب الحادث في المبيع يمنع الرد إلا إذا كان بطريق استعلام العيب القديم .

---

(١) في (د) « النوع » .
(٢) في (ب) « البيع » .
(٣) في (د) « يقتضي » .
(٤) في (ب) [ما] .
(٥) في (د) « وكسر شهوة التوقان » .

«ومنه»[1] التصرية فانها تثبت الخيار اذ لا «يمكن»[2] الوقوف عليه الا «بالحلب»[3]

العيب الموجب لفسخ النكاح اذاعلمت به المرأة قبل النكاح فلا خيار لها الا العنة في الأصح وينبغي أن يضاف اليه البرص ونحوه مما يمكن زواله .

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «التاسع» .
(٢) في (د) «يكفي» .
(٣) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «بإنجاب» .

* حرف الغين المعجمة *

* الغاية الأولى والأخيرة *

قد لا يدخلان في البيع [1] ، إذا قال بعتك من هذا الجدار إلى هذا الجدار لا تدخل الجدران في البيع ، كما قاله الرافعي في كتاب « البيع »[2] .

ويدخلان في الطلاق ، كما لو قال أنت طالق من واحدة إلى « ثنتين »[3] يقع « الطلاق »[4] على الأصح في الروضة .

ومثله الضمان في ضمنت من واحد إلى عشرة عند الرافعي في المحرر وصحح في المنهاج « تسعة »[5] وهو ما صححه المحرر في نظير المسألة « من »[6] الإقرار .

ولو قال في الوصية أعطوه من واحد إلى عشرة فعلى أوجه الإقرار ، وحكى « الأستاذ أبو منصور »[7] أنه إن أراد الحساب فللموصى له خمسة وخمسون ، لأنه

---

(١) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « قد لا تداخلان في البيع » .

(٢) في (د) (الإقرار » .

(٣) هكذا في (د) وفي الأصل « اثنين وفي (ب) « إثنتين » .

(٤) في (ب) « الثلاث » .

(٥) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل «بسبعة». (٦) في (د) « في » .

(٧) هو أبو منصور عبد القاهر بن طاهر بن محمد التميمي البغدادي ورد نيسابور مع أبيه فاشتغل بها على الأستاذ أبي إسحاق الإسفراييني وغيره إلى أن برع ودرس من مصنفاته الدوريات ـ الملل والنحل والتفسير وغيرها توفي سنة تسع وعشرين وأربعمائة انظر أنباء الرواة حـ ٢ ص ١٨٥ ـ البداية والنهاية حـ ١٢ ص ٤٤ بغية الوعاة حـ ٢ ص ١٠٥ طبقات ابن السبكي حـ ٥ ص ١٣٦ طبقات ابن هداية الله ص ٤٧ ـ فوات الوفيات حـ ١ ص ٦١٣ ـ منتخب السياق ص ١٠٥ ـ الزيل ص ٥٥ تبين كذب المفتري ص ٢٥٤

الحاصل من « جمع »[1] واحد إلى عشرة على « توالي »[2] العدد .

وإن لم يرد الحساب أعطى المتيقن وهو ثمانية وينبغي طرد ذلك في بقية الأبواب الممكن فيها .

* غالب البلد *

يعتبر في مسائل :

منها الشاة المخرجة عن « الإبل في الزكاة »[3] ، الفدية في الحج ، الكفارات المرتبة والمخيرة ، زكاة الفطر على القول به ، نفقة الزوجة ، إبل الدية « على »[4] الجاني والعاقلة،تقويم « المتلف »[5] إنما يكون بغالب البلد كما « قاله »[6] الرافعي في الشرط الخامس من كتاب البيع .

* غريم الغريم *

جعلوه كالغريم فيما لو ظفر بمال غريم غريمه له أخذه .

ولم يجعلوه كهو فيما لو لم يحلف المفلس لا يحلف الغرماء في الأصح .

* الغسل *

ينقسم إلى واجب ومستحب

وضابط الفرق بينهما كما قاله الحليمي في شعب الإيمان والقاضي الحسين في

(١) هذه الكلمة ساقطة من (د).

(٢) في (د) « قولي » .

(٣) في (د) « الزكاة في الإبل » .

(٤) هذه الكلمة ساقطة من (ب) و(د).

(٥) في (د) « التلف » .

(٦) هكذا في (ب) و(د) وفي الأصل « نقله » .

كتاب الحج أن ما شرع « لسبب »[1] ماض كان واجباً كالغسل من الجنابة والحيض والنفاس والموت .

وما شرع لمعنى في المستقبل كان مستحباً كأغسال الحج وغسل الجمعة والعيدين ونحوه .

واستثنى الحليمي من الأول الغسل من غسل الميت .

قلت وكذا الجنون والإغماء والإسلام .

* غسل العيدين *

كالجمعة إلا في شيئين

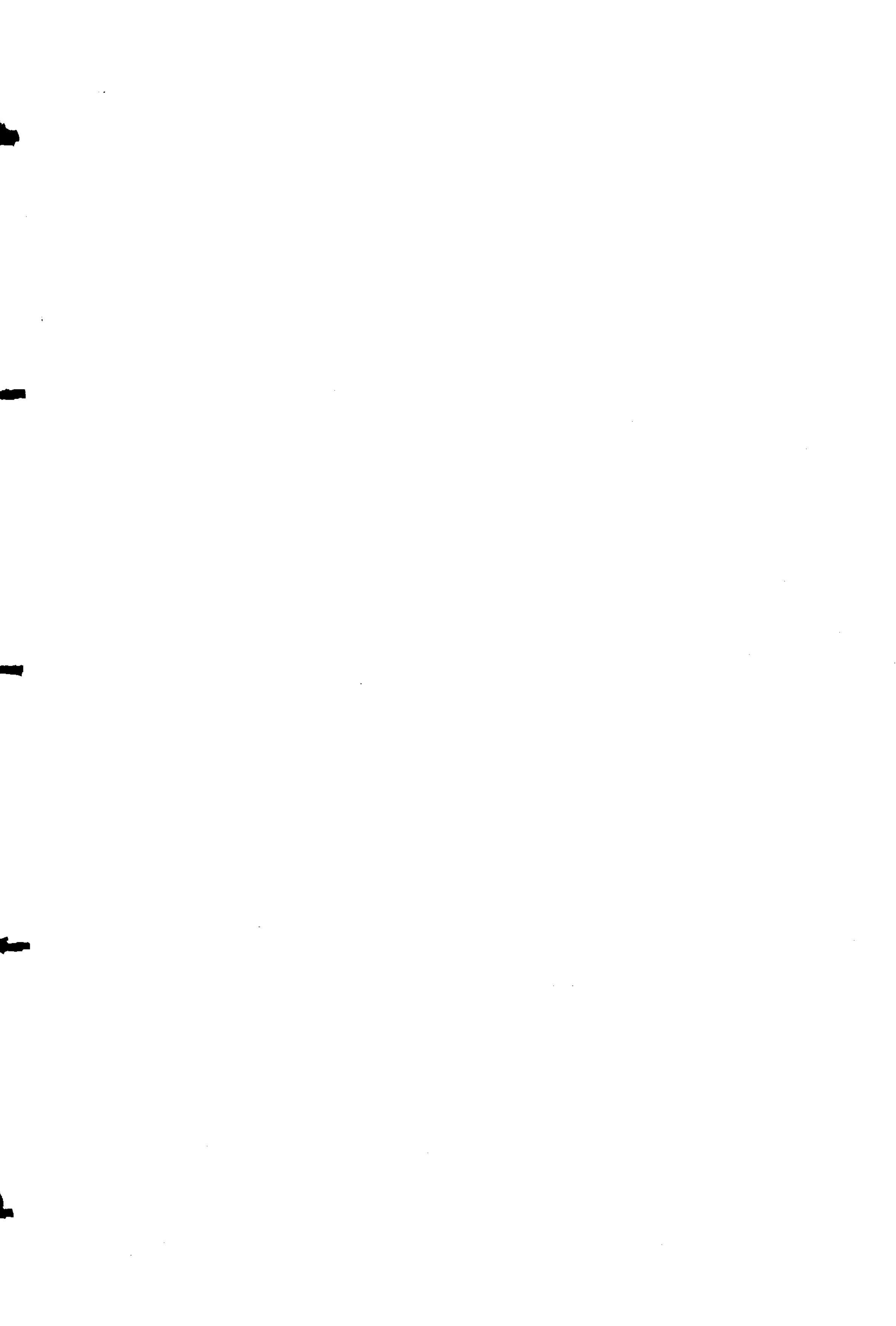
أحدهما أن غسل « العيد »[2] مستحب لجميع الناس ، لأنه يوم سرور ، وغسل الجمعة لمن يريد حضورها في الأصح .

والثاني أنه يجوز الغسل للعيد قبل الفجر في الأصح ، ولا يجوز للجمعة إلا بعد الفجر .

* * *

(١) في (ب) و(د) «زبسبب» .

(٢) في (د) « اليد » .



فهرس الجزء الثاني

حـرف الخـاء المعجمة ١١٦ ـ ١٥٤

حرف السين المهملة ١٩٠ ـ ٢٢٢

حرف الشين المعجمة ٢٢٣ ـ ٢٩٤

حرف الصاد المهملة ٢٩٥ ـ ٣١٦

حرف الضاد المعجمة ٣١٧ ـ ٣٤٦

حرف الطاء المهملة ٣٤٧ ـ ٣٥١

حرف الظاء المعجمة ٣٥٣ ـ ٣٥٥

حرف العين المهملة ٣٥٦ - ٤٢٦

حرف الغين المعجمة ٤٢٧ - ٤٢٩